

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca

in

**Diritto romano e tradizione romanistica: fondamenti del diritto
europeo
(XXV ciclo)**

La motivazione della sentenza nel processo privato romano

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Francesca Reduzzi

Candidata

Patrizia Parisi

Anno accademico 2012 -2013

Indice

Premessa	p. 4
 Capitolo I	
L'oggetto della ricerca e lo stato dell'arte della dottrina	
1. Delimitazione del campo di indagine.	p. 6
2. Le posizioni della dottrina sulla motivazione della sentenza.	p.10
2.a Le prime riflessioni dottrinali	p.10
2.b La dottrina nell'Ottocento.	p.11
2.c La dottrina nel Novecento.	p.15
 Cap. II	
Alla ricerca della motivazione della sentenza nella procedura <i>per legis actiones</i>	
1. Cenni introduttivi.	p. 21
2. La motivazione della sentenza nel giudizio sacramentale.	p. 23
2.a Gli epiloghi decisori dei <i>centumviri</i> .	p. 26
2.b <i>Segue</i> : Ancora sulle pronunce dei <i>centumviri</i>	p. 32
2.c Gli epiloghi decisori dei <i>decemviri</i> .	p. 35
2.d Motivazione della sentenza e <i>iudex unus</i> .	p.37
 Capitolo III	
Tracce di motivazione della sentenza nel processo formulare	
1. Cenni introduttivi.	p. 41
2. Fonti letterarie.	p. 43
2.a Il caso del Monte Celio.	p. 43
2.b La vicenda di Titinio e Fannia.	p. 50
2.c Gellio, giudice ragazzino.	p. 53
3. Fonti giuridiche.	p. 58

3.a La motivazione della sentenza e la definizione di <i>litus</i> .	p. 58
3.b Fonti relative a <i>iudicia bonae fidei</i> .	p. 61
3.c Fonti relative ad azioni di rivendica o <i>ad exhibendum</i> .	p. 67
3.d La motivazione della sentenza in un frammento di Ulpiano (D. 44.2.11 pr.)	p. 70
3.e La motivazione della sentenza in alcuni frammenti ulpiane in materia ereditaria.	p. 73

Capitolo IV

La motivazione della sentenza nella *cognitio extra ordinem*

1. Cenni introduttivi.	p. 76
2. Un ragionamento <i>a contrario</i> .	p. 77
3. Spunti di riflessione tratti dal quarantanovesimo libro dei <i>Digesta</i> .	p. 79
3.a La motivazione della sentenza in D. 49.1.3.3 (Ulp. <i>1 de appellat.</i>).	p. 79
3.b La motivazione della sentenza in D. 49.1.13.1 (Ulp. <i>2 resp.</i>).	p. 82
3.c La motivazione della sentenza in D. 49.5.6 (Macer <i>2 de appell.</i>).	p. 84
3.d La motivazione della sentenza in D. 49.8.1.1 (Macer <i>2 de appell.</i>).	p. 86
3.e La motivazione della sentenza in D. 49.8.1.2 (Macer <i>2 de appell.</i>).	p. 90
4. Le costituzioni imperiali.	p. 92
4.a La motivazione della sentenza in C. 7.64.2.	p. 92
4.b Due costituzioni di Valentiniano, Valente e Graziano.	p. 96
4.c La motivazione della sentenza in C. 7.45.3.	p. 100
4.d La motivazione della sentenza nella <i>Constitutio properanda</i> .	p. 102
4.e La motivazione della sentenza in C. 7.57.5.	p. 106
4.f La motivazione della sentenza in C. 7.57.7.	p. 108
5. La Novella 121.	p. 112

Capitolo V

Uno sguardo a trecentosessantasei gradi

1. Cenni introduttivi.	p. 116
------------------------	--------

2. Di alcune sentenze nei documenti papirologici.	p. 116
2.a Il Papiro Tebtunis 287.	p.118
3. I documenti epigrafici: La <i>Tabula Contrebiensis</i> ... e non solo	p. 120
 Conclusioni	 p. 127
 Bibliografia	 p. 130
 Indice delle fonti	 p. 149

Premessa

Chi si accinge ad indagare il tema della motivazione della sentenza in diritto romano deve in primo luogo fare i conti con l'avarizia delle fonti pervenuteci, si trova, poi, a dover affrontare la disomogeneità e assoluta frammentarietà degli studi in materia e, infine, ha da superare lo scetticismo degli interlocutori, i quali come un mantra ripetono che non ha nessun senso interrogarsi su un argomento dall'esito scontato: quello della inesistenza, nell'ordinamento processuale romano, dell'obbligo di motivare le sentenze.

Di fronte alla forza dissuasiva di questi fattori, l'indagine può procedere solo se si è sorretti da una inscalfibile tenacia, da una sana curiosità e dall'insofferenza nei confronti dei pregiudizi. In sostanza: da una forte 'motivazione'.

La decisione di non demordere viene subito ripagata da una prima, inattesa scoperta: sebbene manchi un'opera che affronti sistematicamente il tema *de quo*, si è in compenso quasi inondati da una gran messe di spunti, suggerimenti, a volte appena sussurrati, provenienti dai più disparati settori. Non di rado accade che, deviando dal naturale corso delle argomentazioni su specifiche materie, partano dei rivoli – spesso del tutto casualmente – che, se saputi cogliere, riescono ad irrigare e concimare anche il campo della nostra indagine.

Se questo insperato dono è il punto di forza del lavoro, ne rappresenta in qualche modo anche l'ostacolo maggiore: riuscire ad individuare, selezionare e catalogare questa miriade di informazioni si rivela compito tutt'altro che agevole.

Come detto, infatti, a meravigliare non è tanto la mancanza di un'opera che *ex professo* affronti la questione, quanto piuttosto la disorganicità con cui le indagini, comunque sempre parziali, sono state condotte. Sull'argomento si trovano spunti occasionali, privi di un adeguato svolgimento, riflessioni isolate o, ancora, considerazioni sceve di una visione globale e sistematica nella quale farle convergere. Il tratto che accomuna le diverse riflessioni è proprio l'isolamento nelle quali sono state condotte: non si è mai avuto un panorama complessivo né delle fonti né, soprattutto, della letteratura, con inevitabili ripercussioni sull'esito delle ricerche condotte.

Difficile dire se la svalutazione del ruolo della motivazione della sentenza in diritto romano sia causa o effetto di questo disinteresse; credo, in realtà, possa essere considerato sotto entrambi i profili. Certo è che chi sostiene che le sentenze fossero prive di motivazione sembra farlo spesso più per mera inerzia culturale che non per approfondimento della problematica.

Questo lavoro rappresenta innanzitutto un primo tentativo di offrire una sistemazione più organica di fonti e letteratura sull'argomento: l'obiettivo è quello di fare un po' di luce su un elemento del processo romano fino ad ora rimasto nell'ombra, dando voce anche ad Autori non discussi né citati dalla dottrina prevalente, ma che, comunque, avevano espresso idee e pensieri intorno alla motivazione della sentenza.

Capitolo I

L'oggetto della ricerca e lo stato dell'arte della dottrina

Sommario: 1. Delimitazione del campo di indagine. 2. Le posizioni della dottrina sulla motivazione della sentenza. 2.a Le prime riflessioni dottrinali. 2.b La dottrina nell'Ottocento. 2.c La dottrina nel Novecento.

1. Delimitazione del campo di indagine.

Punto di partenza indispensabile di ogni ricerca credo sia l'esatta delimitazione del campo di indagine.

L'esigenza è ancora più sentita in un lavoro come quello che ci si agginge a compiere, in cui forte è il rischio di proiettare nell'esperienza romana problematiche solo successivamente emerse. Per ovviare a questo pericolo, l'approccio nei confronti delle singole testimonianze è sempre stato molto cauto, attento ad evitare tutto ciò che poteva rischiare di falsare l'indagine e i successivi risultati. In quest'ottica, la ricerca è stata condotta tentando di contestualizzare la fonte, facendola vivere nel suo tempo e perciò valutandola non solo alla luce dell'opera dalla quale era tratta o nella quale era confluita, ma anche della realtà, del linguaggio, dell'ambiente storico-culturale cui essa afferiva.

Sulla base di questa impostazione si può dunque precisare la cornice entro la quale sarà costruito il quadro della motivazione della sentenza nel diritto romano.

Chiarito in via preliminare che la presente ricerca si limita ad esaminare le decisioni rese all'esito di un giudizio privato, rinviando per quello criminale ad altra sede, è opportuno prendere l'avvio dall'esame della locuzione 'motivazione della sentenza'.

Anzitutto, occorre partire da qualche breve considerazione sul termine '*sententia*'. Esso nel comune sentire è oggi associato agli epiloghi decisori del processo. In realtà, però, il lemma ha un significato più ampio. Il dizionario Battaglia alla voce sentenza così esordisce: "opinione, parere, giudizio, principio argomentato e meditato su una questione imporante, grave o anche di grande

portata storica, politica, culturale, scientifica (e l'espressione di tale pensiero sotto forma di massima, di assioma, di aforisma, di giudizio); l'intendimento, l'intimo convincimento da cui nasce".¹ Quella indicata, tuttavia, è solo la prima di diverse accezioni del termine, tra le quali si trova anche quella di motto, proverbio² e, ovviamente, quella di provvedimento decisorio con cui il giudice definisce in tutto o in parte un giudizio. La polivalenza semantica del termine è ereditata dal sistema romano dove, pure, la parola *sententia* è utilizzata con diversi significati³, tra i quali, a titolo meramente esemplificativo, *voluntas*⁴, *opinio*⁵, *responsum*⁶, *suffragium*⁷ e, quindi, *decisio rei in iudicium deductae*⁸.

Alla luce di questa poliedricità di accezioni non appare superfluo precisare che ai fini del presente lavoro il termine è inteso come provvedimento decisorio con il quale il giudice risolve una controversia, spogliandosi del potere di decidere in merito ad essa. Nelle fonti romane non è dato rinvenire un'unica corrispondente parola: vi si trova, invece, spesso quella di *iudicatum*, *iudicare*, *pronuntiatio*, *pronuntiare*. Credo tuttavia che, chiarito il senso e la portata che il lemma assume nella nostra ricerca, si possa continuare a discorrere di 'sentenza' senza timore di fraintendimenti.

Più complesso è, invece, spiegare a cosa si allude quando si parla di 'motivazione'.

L'operazione non è affatto semplice e per essa non soccorre neppure il richiamo al moderno significato tecnico-giuridico della parola. Il rischio che si corre, tra l'altro, è quello di entrare in un discorso di stampo prevalentemente filosofico che, seppure importante, esula comunque dalla nostra indagine.

¹ S.v. *Sentenza*, in S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, vol. XVIII, Torino, 1996, p. 648

² Basti pensare al colloquiale 'sputar sentenze'

³ Per un'ampia panoramica si vedano A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *Sententia*, IV, 1835, p. 124; H. E. DIRKSEN, s.v. *Sententia*, in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini, 1837, p. 877;

⁴ Così ad esempio Gai. 3.156: *id de tua sententia, non ex meo mandatu facere debes*.

⁵ Si legge ad esempio in Gai. 2. 221: *sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: ... quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse*.

⁶ Si v. ad esempio Gai. 1.7: *responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere*

⁷ Così ad es. D. 50.3.1 (Ulp. 3 de off. procons.) *In sentiis quoque dicendis idem ordo spectandus est, quem in albo scribendo diximus*.

⁸ Così D.1.5.25 (Ulp. 1 ad l. iul. et pap.) *Ingenuum accipere debemus etiam eum, de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus: quia res iudicata pro veritate accipitur*

Quello che appare utile in questa sede è tentare di fissare alcuni perni sui quali poter far leva nella costruzione del nostro ragionamento.

Per inquadrare anche solo sommariamente da un punto di vista teorico la motivazione dobbiamo tener conto di tre diversi profili: significato, natura e funzioni.

Sul primo aspetto uno sguardo anche solo fugace alla dottrina processualistica moderna mostra immediatamente la difficoltà di fornire una definizione. A differenza di quanto accade con altri istituti giuridici, manca - con riferimento al concetto di motivazione - una definizione tecnica, se non consolidata, almeno sufficientemente acquisita. Le nozioni sommarie ed intuitive talvolta proposte si rivelano tautologiche: il ricorso a locuzioni del tipo “ragioni del decidere”, “*iter* logico seguito dal giudice” e così via, infatti, richiederebbe, a sua volta, che si chiarisca cosa si intende per “ragioni”, “*iter* logico”⁹. In ogni caso, identificare la motivazione con il resoconto fedele della strada seguita dal giudice per giungere alla decisione significa offrire una descrizione non corrispondente alla realtà dei fatti e, comunque, parziale, perchè non tutti gli elementi (di fatto, normativi, sociali) che emergono nel percorso decisorio sono destinati a trovare ingresso nella motivazione. Come non ricordare sul punto l’insegnamento del Calamandrei che definiva la motivazione una “autoapologia a tesi obbligata, con la quale il giudice, ormai fermo in una volontà scaturita da moventi destinati a rimanere chiusi nel segreto della coscienza va in cerca di argomenti ... per cercar di giustificarla in pubblico”.¹⁰ Alla luce di queste considerazioni non meraviglia che nella dottrina moderna il concetto appaia “ampiamente indeterminato, e spesso viene anzi trattato come avente un contenuto mobile”¹¹.

A questo carattere dinamico si farà riferimento in questa sede, precisando che il significato del termine sarà di volta in volta individuato. Ad aiutare nel

⁹ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 7 ss.

¹⁰ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, pp. 101 s.

¹¹ M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit. p. 7. Va precisato che secondo lo studioso (nt. 8), il concetto di mobilità, a differenza di quanto accade di solito, non è dovuto in questo caso alla presenza di diverse definizioni che si contendono il campo, ma proprio alla mancanza di definizioni. Ne deriva che, in collegamento con altri concetti giuridici, più solidi sotto il profilo definitorio, il termine motivazione finisce con il diventare una variabile dipendente degli stessi.

cammino è il solco già tracciato dai medievisti che, in una prospettiva evolutiva, hanno ritenuto di individuare la motivazione in tutto ciò che sotto forma di simboli linguistici trovi spazio in una sentenza e che valga ad offrire una risposta alla domanda di rendiconto rivolta a chi giudica. Se ne ricava così un concetto appunto ‘mobile’, che può estrinsecarsi in una semplice parola, frase o anche, perchè no, nella descrizione dell’*iter decidendi* o finanche nell’affermazione articolata della *ratio decidendi*, del quale si cercheranno tracce, spie ed indizi nelle fonti romane.

Quest’ottica flessibile consente un ulteriore vantaggio: quello di non ancorarsi, con il rischio di arrestarsi, ad un unico paradigma sul quale di volta in volta declinare la motivazione: a seconda dei casi potrà venire in rilievo uno degli schemi individuati dall’elaborazione teorica: quello tradizionale sillogistico (in forza del quale la premessa maggiore è data dalla norma, quella minore dal fatto e la conclusione è rappresentata dall’applicazione della disciplina al caso concreto)¹², o quello retorico argomentativo (in cui la motivazione appare come applicazione di strumenti retorici al dichiarato fine di persuadere)¹³ o, ancora, per esempio, quello “analitico del ragionamento giuridico” (che, attenuando i difetti del sistema sillogistico, presenta la motivazione come un contesto di argomentazione razionale complesso).¹⁴

Sempre nell’ottica della visione dinamica adottata, ai fini del discorso che ci occupa, potrà venire in rilievo una qualunque delle funzioni svolte dalla motivazione che tradizionalmente vengono distinte in endoprocessuale, intimamente collegata al sistema delle impugnazioni, ed extraprocessuale, di controllo democratico sull’operato dei giudici.

L’elasticità della prospettiva proposta appare una scelta obbligata ove si consideri che nella presente ricerca il fenomeno “motivazione della sentenza”

¹² Il modello è stato criticato soprattutto a partire dagli anni Trenta (si v. G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Padova, 1964) perchè induce a ritenere che quella adottata sia l’unica soluzione ipotizzabile, occultando l’esistenza di altre possibilità.

¹³ Per un’analisi più approfondita dello ‘schema’ si rinvia a M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., p. 191 ss.

¹⁴ Una più puntuale descrizione del metodo è in P. BORSELLINO, *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in AA. VV., *La fabbrica delle interpretazioni*. Atti del Convegno Annuale della Facoltà di Giurisprudenza (Università di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009), cur. B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR, D. PULITANÒ, Milano, 2012, pp. 141 ss.

viene esaminato in rapporto a ben tre sistemi procedurali diversi, e, soprattutto, relativamente ad un lasso di tempo che si dipana per oltre dieci secoli. Nessuna meraviglia, dunque, se con riferimento all'esperienza processuale romana si riuscirà a "vivere", constatandola tutta, la complessità del fenomeno.

2. Le posizioni della dottrina sulla motivazione della sentenza.

Prima di procedere con l'esame delle fonti e della relativa letteratura, appare utile provare a fotografare la realtà delle diverse posizioni espresse dalla dottrina sulla motivazione della sentenza.

2.a Le prime riflessioni dottrinali.

Fra le prime testimonianze d'attenzione rivolte dalla dottrina all'argomento che ci occupa va annoverata quella del De La Roche Flavin¹⁵. Lo studioso nel 1617 scrive, telegraficamente ma anche abbastanza perentoreamente, che il diritto romano conosceva le sentenze motivate; a supporto della sua tesi indica un passo di Ulpiano, ora in

D. 3.2.2 (Ulp. 6 ad ed.): *"ignominiae causa missum": hoc ideo adiectum est, quoniam multa genera sunt missionum. est honesta, quae emeritis stipendiis vel ante ab imperatore indulgetur: est causaria, quae propter valetudinem laboribus militiae solvit: est ignominiosa. ignominiosa autem missio totiens est, quotiens is qui mittit addidit nominatim ignominiae causa se mittere: semper enim debet addere, cur miles mittatur. sed et si eum exauctoraverit, id est insignia militaria detraxerit, inter infames efficit, licet non addidisset ignominiae causa se eum exauctorasse. est et quartum genus missionis, si quis evitandorum munerum causa militiam subisset: haec autem missio existimationem non laedit, ut est saepissime rescriptum.*

Il frammento, nel riferire circa le *diversae causae missionum*, distingue tra quelle *honestae* (perchè ottenute dall'Imperatore sia prima che dopo aver terminato il servizio), le *casuariae* (ovvero accidentali, determinate da motivi di salute) e, infine, le *ignominiosae*. Queste ultime si verificano quando è

¹⁵ M. B. DE LA ROCHE FLAVIN, *Treze Livres des parlemens de France esquels est amplement traicté de leur origine et institution et des présidens, conseillers, gens du roy, greffiers, secrétaires et huissiers et autres officiers et de leur charge, devoir et iurisdiction*, Bordeaux, 1617, p. 829.

espressamente indicato che il ‘licenziamento’ avviene *ignominiae causa*. Pertanto, al comandante che intenda ‘licenziare’ il *miles* è richiesto di *addere causam*, specificando *cur miles mittatur*: da qui la conclusione per il De La Roche Flavin dell’esistenza di un obbligo di motivare le sentenze in diritto romano.

Nessun dubbio che nel passo in esame sia richiesto apertamente di indicare “perché” il soldato sia stato congedato; quella che non appare condivisibile, invece, è la conclusione che si vuole trarre da questa specificazione. Come vien fatto rilevare dalla dottrina successiva¹⁶, l’ipotesi richiamata da Ulpiano non concerne una fattispecie giurisdizionale ma una misura amministrativa, assunta dall’autorità militare romana; ragion per cui, solo forzando il senso delle parole si può giungere alla posizione del De La Roche Flavin¹⁷.

L’ipotesi contemplata dal giurista di Tiro del resto, non può valere neppure come principio generale, da estendere analogicamente alle pronunce giudiziali, mancando solide argomentazioni che valgano a legittimare questa estensione¹⁸.

2.b La dottrina nell’Ottocento

E’ soprattutto dall’Ottocento in poi, tuttavia, che il dibattito assume una consistenza qualitativa e quantitativa di tutto rilievo.

Nell’arco del secolo la dottrina ha avuto modo di manifestare tutta la gamma di opinioni possibili sul tema che ci occupa: dalla tesi, che, convenzionalmente, definirei ‘negazionista’, decisamente contraria alla

¹⁶ Si v. in particolare: T. SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 25 (1955), pp. 6 e 7 [v. anche la traduzione italiana curata da F. S. LOSITO, che, con il titolo *La motivazione delle sentenze in Francia. Lineamenti storici*, è apparsa in *Frontiera d’Europa*, 1 (1995) pp. 71 s.]; J. LLOBELL TUSET, *Historia de la motivación de la sentencia canonica*, Zaragoza, 1985, pp. 22-28; F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell’età del diritto comune classico*, Milano, 1999, pp. 2 ss.

¹⁷ Così F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell’età del diritto comune classico*, cit., pp. 2 s.

¹⁸ Il testo di Ulpiano, è uno di quelli attorno ai quali è maturata la riflessione dei giuristi medievali. In particolare, si può portare ad esempio una glossa in margine a D. 3.2.2.2. “*ex hoc trahitur argumentum quod iudex in sententi dampnationis exprimere debeat causam*” che si legge in Bamberg, SB, *Jur.* 12 [antea D. I. 13], f. 27va, ad D. 3.2.2.2 (cit. da F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell’età del diritto comune classico*, cit. pp. 29, nt. 82 e 30).

possibilità di trovare una qualunque forma di estrinsecazione della motivazione all'interno della sentenza a quella che indicherei come 'possibilista' che, pur riconoscendo la mancanza di uno specifico obbligo al riguardo, ritiene comunque che nella prassi si possano trovare decisioni motivate, a quella ancora più oltranzista che indica fra i requisiti della sentenza la motivazione.

Tra i primi ad intervenire nel dibattito è il Savigny che, nel discorrere della forza legale della sentenza si pone il problema della sua riferibilità anche ai motivi in essa contenuti. La sua idea è quella di una rilevanza di questi motivi, al di là del semplice *absolvo* o *condemno*, per due ordini di motivi: la necessità di individuare, anche ai fini di una eventuale riproposizione dell'azione, su cosa ricade l'efficacia di giudicato e, quindi, il ruolo e le funzioni che il giudice è chiamato ad adempiere¹⁹.

Sulla stessa posizione sembra attestarsi anche il Bethmann-Hollweg²⁰ che nega l'esistenza di un obbligo di motivare le sentenze.

Dalla manualistica sul processo, edita sul finire del secolo, ricaviamo ulteriori brevi cenni al tema che ci occupa.

L'esame delle teorie espresse non consente di individuare una posizione dominante rispetto ad un'altra. L'elemento che accomuna le diverse tesi è la

¹⁹ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (Trad. Vittorio Scialoja), vol. VI, Torino, 1896, § 291, pp. 379 ss. La complessa posizione del Savigny può essere così sintetizzata: con riferimento alla questione dell'efficacia di giudicato, il problema che si pone è quello della sua esatta individuazione. Capire se ci si trova di fronte ad un'azione già decisa o meno non è certo questione di lana caprina perchè la risposta alla domanda è destinata a riverberarsi anche su una riproposizione della domanda medesima. Una sentenza che si limiti ad un *absolvo/condemno*, completamente astraendosi quanto al resto dalla realtà ad essa sottesa, non consentirebbe di stabilire *sic et simpliciter* su cosa è ricaduto il giudicato. Laddove, ad esempio, si rivendichi la proprietà di un bene potranno venire in rilievo diversi fattori: la proprietà dell'attore, il possesso del convenuto, eventuali eccezioni in cui si fanno valere ad esempio transazioni, locazioni e così via. Orbene, in questi casi una sentenza che si limitasse ad una formula astratta di assoluzione non lascerebbe trasparire - con evidenti ripercussioni sulla possibilità di riproporre la domanda - cosa ha acquisito forza di giudicato. In tutti questi casi, è inevitabile che si manifestino i motivi della decisione; la loro indicazione, anzi, è imprescindibile al punto tale che essi entrano a far parte della struttura stessa della sentenza, diventandone suoi elementi. Ad analoga conclusione si perviene, secondo il Savigny, esaminando la natura della lite e l'ufficio del giudice. Compito di quest'ultimo, infatti, è la definizione anche per il futuro del rapporto controverso e a tale funzione egli può adempiere solo riproponendo nella sentenza tutti quei motivi 'oggettivi', sui quali è destinato a ricadere il giudicato. Non acquisiranno, invece, forza legale i motivi soggettivi (come ad esempio il riferimento a rapporti giuridici analoghi ma estranei alla controversia, richiamati al solo fine di rendere più evidente l'opinione del giudice su regole o fatti).

²⁰ M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, II, Bonn, 1865, § 110 p. 627 e § 111 p. 650.

circostanza che esse si limitano ad affermare o negare l'esistenza della motivazione, rinviando ad una fonte, sulla quale, però, non è offerta alcuna esegesi: solo, dunque, dichiarazioni di principi.

Così, nel manuale di Storia del diritto romano, il Padelletti²¹ scrive, riferendosi nello specifico alla procedura *per concepta verba*, che la sentenza conteneva - secondo l'ordine della formula - una condanna in danaro ovvero una assoluzione, era pronunciata verbalmente e non abbisognava di motivi; gli fa sostanzialmente eco, il Buonamici²², il quale, ripercorrendo la storia della procedura civile e riferendosi segnatamente al processo formulare, sostiene che a Roma "di motivazione non si parlò". Da parte sua il Keller²³, affermerà che per la sentenza "non sono prescritte parole solenni (*solemnia verba*), non motivazione". Il controcanto è, invece, affidato al Ronga²⁴. Costui, nell'elencare i requisiti di forma della sentenza, annovera, *sic et simpliciter*, anche i "motivi sui quali è fondata la decisione", rinviando, senza peraltro supportarli da una adeguata nota critica ad un frammento di Macro, sistemato dai compilatori in D. 49.8.1.1 e ad una costituzione di Alessandro Severo contenuta in C. 7.64.2²⁵. La posizione viene immediatamente contraddetta dal Rümelin²⁶. L'assenza di qualsiasi motivazione della sentenza è ricollegata dallo studioso alla circostanza che il giudice romano non è un esperto di diritto: nessuna pretesa si può allora avanzare nei suoi confronti se non quella di pronunciare un semplice *absolvo* o *condemno*, così come oggi a molte giurie è richiesto soltanto un "sì" o un "no". Del resto, conclude il Rümelin quanto asserito è dimostrato dalle fonti nelle quali non è dato rinvenire alcuna attestazione in senso contrario.

L'opinione non incontra proseliti tanto che il Puchta,²⁷ già alla fine dell'Ottocento, riferisce di una scelta discrezionale del giudice, libero di

²¹ G. PADELLETTI, *Storia del diritto romano. Con note di P. COGLIOLO*, II ed., Firenze, 1886, 591.

²² F. BUONAMICI, *Storia della procedura civile romana, I*, Pisa 1886, p. 347.

²³ F. L. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni. Esposizione sommaria ad uso di lezioni*. (Trad. Filomusi Guelfi), Napoli, 1872, p. 236.

²⁴ G. RONGA, *Elementi di diritto romano*, III, Torino, 1871, p. 328.

²⁵ Su entrambe le testimonianze si avrà modo di ritornare nel corso del lavoro.

²⁶ G. RÜMELIN, *Zur Lehre von der 'Exceptio rei judicatae'*, Tübingen, 1875, p. 39 nt. 3. (das Institut der Entscheidungsgründe unbekannt war).

²⁷ G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1881, I, 539.

decidere se indicare anche i motivi della decisione e i correlativi riferimenti normativi.

Più criptica la posizione del Saredo²⁸ per il quale nella sentenza romana non occorre motivare nel senso moderno della parola.

Tra le voci registrate in questo periodo spicca certamente quella dello Scialoja. L'autorevole giurista, nelle sue lezioni di procedura civile, riferendosi al processo formulare, insegna che "non si richiedevano dal giudice neppure i motivi della sua sentenza sebbene vi fosse l'uso di esprimerli"²⁹. L'espressione sembra riprendere quanto lo stesso Autore asserisce in ordine ai requisiti formali della sentenza, laddove precisa che quest'ultima non era vincolata a formule solenni, era pronunciata a voce, aggiungendo poi in tono quasi 'sibillino' che il giudice poteva "dire alla buona il suo parere".

Singolare, almeno quanto all'argomentazione addotta a sostegno della mancanza di una motivazione, la posizione del Lega: sottolineato che nel diritto comune non era richiesto che la sentenza manifestasse le ragioni, lo studioso ritiene che lo stesso principio vigesse anche nell'esperienza romana (*eruitur, iure communi non requiri ut sententia rationes exprimat absolutionis vel condemnationis: idem obtinuit iure romano*)³⁰.

Una ripresa della tesi 'negazionista' si ha ad opera del Cogliolo³¹, per il quale la sentenza non è altro che una risposta categorica: un *absolvo vel condemno*, senza motivazione, senza modificazioni del diritto contenuto nella formula *aut-aut*.

Sullo scorcio dell'ottocento, il dibattito si arricchisce di un contributo, proveniente d'oltralpe, che si innesta nel solco della tradizione 'possibilista'. Il

²⁸ G. SAREDO, *Istituzioni di procedura civile*, III ed., Firenze, 1887, p. 607.

²⁹ La prima edizione delle *Lezioni di procedura civile romana*, risale al 1894 (e, secondo le diverse citazioni trovate, quanto asserito nel testo dovrebbe essere riportato al § 32, p. 266). Per il presente lavoro è stata consultata l'edizione del 1936 che d'ora in poi sarà l'unica richiamata. I riferimenti a quanto indicato nel testo sono pertanto riscontrabili in V. SCIALOJA, *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti*, Roma, 1936, p. 180.

³⁰ M. LEGA, *De iudiciis ecclesiasticis. Lib. I, Vol. I. De iudiciis ecclesiasticis civilibus*, Roma, 1896, n° 612, p. 593, che argomenta ex L. 59, ff., *De re iud.*

³¹ P. COGLIOLO, s.v. *Cosa giudicata*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. III, parte IV, Milano, 1906, p. 216 nota 4

Garsonnet³², quantunque ribadisca che l'obbligo di motivare non è mai esistito in diritto romano, richiama tuttavia un frammento dei Digesta³³ che sembra alludere ad una sentenza motivata. Di qui la conclusione che i giudici romani avessero comunque l'abitudine di motivare le loro decisioni.

Questo rapido 'censimento' credo valga a confermare quanto si era già anticipato circa l'impossibilità di individuare una posizione prevalente sulle altre; attesta altresì che la questione, sebbene non dibattuta in modo approfondito, non fu neppure del tutto ignorata; di certo, si erano poste le basi per una successiva riflessione.

2.c La dottrina nel Novecento

Il nuovo secolo porta alla luce anche il primo contributo dedicato esclusivamente a questo "specialissimo" - come lo definirà il suo autore - istituto.

In un saggio sulla storia della procedura, il Pieraccini, dopo aver fotografato lo stato dell'arte del dibattito fra gli studiosi, evidenzia che l'obbligo di motivare non è stabilito dalle leggi romane.

Lo studioso precisa ancora che mancano elementi sufficienti per accertare se nel processo formulare e poi in quello della *cognitio extra ordinem* (non certo in quello delle *legis actiones*) "ne sia stato introdotto l'uso liberamente dall'autorità giudicante". Proprio con riferimento all'ultimo sistema procedurale, tuttavia, il Pieraccini specifica ulteriormente che, mancando un obbligo stabilito dalla legge, "...ne pare logico che i giudici da sé supplissero alla mancanza"³⁴. Quantunque non si contraddistingua per l'originalità della tesi propugnata, al lavoro del Pieraccini va certamente ascritto il merito di aver provato ad elaborare

³² E. GARSONNET, *Traité theorique et pratique de procedure (Organisation judiciaire compétence et procédure en matière civile et commerciale)*, II ed., vol. III, Paris, 1899, par. 1115, p. 514

³³ Si tratta del passo di Macro, contenuto in D. 49.8.1.1, già richiamato e sul quale si avrà modo di tornare nel corso del lavoro.

³⁴ L. PIERACCINI, *La motivazione delle sentenze. (Saggio di storia della procedura)*, in *La Procedura. Rivista di dottrina, legislazione e giurisprudenza in materia civile, commerciale e amministrativa*, Anno 3° - V, 3° (1899), Roma, 1900, pp. 609 ss.; per una più approfondita analisi della posizione dello studioso si rinvia al prosieguo del lavoro. I virgolettati sono rispettivamente alle p. 609, 614 e 617.

un primo compiuto esame dell'argomento, con esame delle fonti e della relativa letteratura.

Pochi anni dopo, nel 1905, è il Peronaci³⁵ a dedicare brevi ma densissime note sulla materia che ci occupa, con un contributo trascurato, per non dire completamente ignorato, (come, in verità, anche quello del Pieraccini) dalla dottrina romanistica. L'Autore accetta l'opinione contraria all'esistenza della motivazione per il periodo delle *legis actiones* (dove la mancanza di un rimedio, appello, opposizione o revocazione rendeva "evidentemente inutile e frustranea" la motivazione delle sentenze), ma si esprime in maniera diversa per quanto concerne gli altri due sistemi procedurali. Con riferimento alla procedura formulare, lo studioso ritiene che i "motivi eran parte integrante della sentenza". A sostegno dell'ipotesi sono additati quei casi in cui l'eccezione di cosa giudicata non trovava ingresso proprio in virtù dell'indicazione del motivo per cui il convenuto era stato assolto (D. 44.2.9 pr., D. 44.2.17 e D. 44.2.18, sui quali *infra*)³⁶, nonché della circostanza che, allorquando non bastava la *demonstratio* a completamento dell'*intentio*, i motivi si trovavano espressi (come nel caso della rivendicazione *per sponsionem* in cui, per determinare il giudicato, bisognava risalire alla stipulazione che aveva originato la lite)³⁷. È con riferimento alla *cognitio extra ordinem*, però, che il Peronaci si esprime con maggior forza notando "come sia incontestata per lo meno la pratica continua, ed anzi esagerata, delle motivazioni", e ciò sia perchè stabilitasi una gerarchia giudiziaria culminante nella figura dell'imperatore, il giudice manifestava "erudizione ed accorgimento", sia perchè era stato introdotto l'istituto dell'appello. Interessante sottolineare come lo studioso precisi che l'abuso del riesame - che costrinse Giustiniano a fissare il limite massimo di tre impugnazioni - abbia portato come conseguenza un "lusso di motivi".

Espressioni così decise e forti come quelle del Peronaci non si rinverranno più nella dottrina. Sul tema, comunque, resta ferma l'attenzione e ad esso si trova sempre modo di accennare.

³⁵ E. PERONACI, *La motivazione della sentenza e la sua efficacia giuridica (Brevi note di diritto giudiziario civile)*, in *Temi Calabrese*, Fasc. I, Catanzaro, 1905

³⁶ La posizione assunta coincide, come lo stesso Peronaci dichiara, con quella del Savigny.

³⁷ *Edere non videtur qui stipulationem totam non edit* si legge in D. 2.13.1.4 (Ulp. 4 *ad ed.*).

Così negli appunti didattici di diritto romano del Bertolini³⁸ si rinviene, la precisa indicazione, quanto alle modalità e ai requisiti della sentenza formulare, che essa debba pronunciarsi verbalmente, “senza bisogno di addurre i motivi, quantunque fosse nell’uso indicarli”.

Ancora, nel profilo storico del processo civile romano, il Costa³⁹, dopo aver puntualizzato che la sentenza deve essere pronunciata oralmente e al cospetto delle parti, precisa altresì che essa non richiede l’osservanza di certe forme, né “corredo di motivazione”.

Il Calamandrei, invece, riconosce che il diritto romano ammetteva che il giudice pronunciasse una sentenza motivata anche se non imponeva un obbligo in tal senso. Lo studioso riferisce in particolare che ogni volta che le fonti giustinianee parlano di sentenza viziata da *error in iudicando*, portano esempi di sentenze argomentate perché, ove non lo fossero state, sarebbe stato impossibile studiare la natura e gli effetti dell’errore.⁴⁰

Anche il Bonfante⁴¹ accenna all’argomento ma si limita a rilevare la mancanza di una specifica disposizione normativa.

Sarà poi la volta del Betti⁴², la cui tesi è ricca di sfumature interessanti. Vengono, infatti distinte le “premesse logiche della decisione” (che non assumono importanza se non in quanto siano necessarie ad identificare la cosa giudicata) e quelle che, al contrario, restano indifferenti con conseguente intagibilità della decisione quand’anche le stesse si dovessero dimostrare infondate. Lo studioso non manca di chiarire che l’indipendenza della pronuncia da queste premesse non dipende dal fatto che la decisione sia un atto di

³⁸ C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano, II, Il processo civile*, Torino, 1914, p. 153

³⁹ E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma, 1918, p. 77. Secondo il sistema ormai consueto, lo studioso richiama in nota D. 42.1.59 pr. (Ulp. 4 de omn. trib.) in *summa sufficiet, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit*, senza ulteriori indicazioni esegetiche. Aggiunge comunque che il contenuto della sentenza è vincolato dalla *litis contestatio*: nella procedura sacramentale si deciderà sulla giustizia del sacramento e solo mediatamente della questione, in quello formulare, invece, la sentenza del giudice dovrà attenersi a quanto stabilito nella formula.

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *La teoria dell’«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista critica di scienze sociali*, Firenze, 1914, n. 8 ss, (dalla quale si cita e che d’ora in poi sarà l’unica richiamata) poi in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1930, p. 53 ss. ed infine in *Opere giuridiche*, vol. 8, p. 147 ss.

⁴¹ P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1923, p. 449

⁴² E. BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, p. 618, poi anche in E. BETTI, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *N.N.D.I.*, XIII, 1966, 1099.

autonoma volontà del giudice ma deriva dalla circostanza che “solo con la decisione il giudice adempie l’ufficio che le parti gli hanno commesso e di cui il magistrato lo ha formalmente investito”.

Gli anni Cinquanta segnano una fase di stasi nel dibattito dove, tra adesione alla tesi negazionista o a quella possibilista, a prevalere è comunque la constatazione della mancanza di una apposita norma.

Così, il Cuenca⁴³, ammette l’esistenza di sentenze generalmente “razonadas”, sebbene ritenga che non vi sia unprecipuo obbligo legislativo in tal senso, o, ancora, il Raggi⁴⁴, che ritiene estranea al diritto romano l’esigenza della motivazione come requisito essenziale. Lo studioso pur riconoscendo che, nella prassi, si trovano sentenze motivate chiarisce che si tratta pur sempre di un elemento non necessario, la cui mancanza, pertanto, non determina la nullità della sentenza.

Il decennio successivo, sebbene ancora avaro di contributi specificamente dedicati al tema, regala, però, la definizione più ripresa dalla dottrina successiva: la possibilità che le sentenze contengano “spunti” o, meglio, “germi” di motivazione. Autore ne è il Pugliese⁴⁵, che trova il modo di elaborare la fortunata formula, occupandosi dell’argomento solo *a latere* di altre questioni e riconoscendo la necessità di ulteriori approfondimenti. Passerà ancora qualche tempo prima che l’idea dello studioso sia raccolta per affrontare *funditus* la materia. In quest’ottica desta meraviglia la circostanza che persino in lavori espressamente dedicati alla sentenza, il tema venga solo lambito. Così il Biondi⁴⁶ si limita a sottolineare che “nessuna prescrizione per tutta l’epoca classica la legge stabilisce per disciplinare questo momento (n.d.r. formazione della sentenza) del processo, che si esplica unicamente nella sfera incoercibile dell’intelligenza umana”, mentre il Molé⁴⁷ rileva soltanto che la sentenza non è accompagnata da alcuna motivazione, precisando altresì che, comunque, il delicato punto è per lo più sorvolato nei manuali di diritto processuale.

⁴³ H. CUENCA, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, 1957, p. 90 che afferma: *las sentencias generalmente debían ser razonadas, aunque no existiera obligación legal de ello*.

⁴⁴ L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, pp.89 s.

⁴⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, 1962, p. 426

⁴⁶ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1965, p. 38.

⁴⁷ M. MOLÉ, s.v. *Sentenza*, in *NNDI*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 1085.

A partire dagli inizi degli anni Settanta il dibattito sembra acquisire un nuovo vigore. Il contributo del Visky⁴⁸, infatti, segna l'inizio di un'attenzione meno manualistica e sancisce quasi un ritorno a quella visione più sistematica che aveva caratterizzato gli studi di inizio secolo. Si arriva così, per la prima volta, ad un lavoro in cui viene data attenzione a fonti non solo giuridiche ma anche letterarie e papirologiche che aprirà una strada sulla quale si incammineranno poi diversi studiosi. In particolare, il riferimento è - *extra moenia* - al contributo del Llobell Tuset, che, in una monografia sulla storia della motivazione della sentenza canonica, non manca di fare un riferimento al diritto romano⁴⁹ e, soprattutto, al Mancuso che, nella pubblicazione del 1996 relativa al diritto comune e all'*exprimere causam in sententia* nel pensiero dei giuristi medievali, dedica un ampio capitolo introduttivo anche alla fattispecie nel processo romano⁵⁰. *Intra moenia*, vale a dire per la dottrina romanistica, l'evoluzione del dibattito è affidata allo Scapini⁵¹, al Murillo Villar⁵² e al Marrone⁵³ i cui studi si sono imposti con tale forza da offuscare quasi del tutto le ricerche precedenti al punto che, anche oggi, chi si trova ad affrontare l'argomento, si limita a citare questi ultimi autori, asserendo che poco o nulla è stato scritto su di esso. Le singole tesi da questi studiosi espresse rappresentano un punto di partenza e di confronto spesso imprescindibile: ad esse, pertanto, si avrà modo di fare riferimento, più volte, nel corso del lavoro.

A siffatti contributi - per così dire - 'mirati' si accompagnano riferimenti al tema che ci occupa anche nella manualistica. Censirli sarebbe inutile; valga per

⁴⁸ K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA*. 18 (1971) p. 735 ss.

⁴⁹ J. LLOBELL Tuset, *Historia de la motivacion de la sentencia canonica*, cit., pp. 22 ss.

⁵⁰ F. MANCUSO, *La motivazione della sentenza nel diritto comune: exprimere causam in sententia nel pensiero dei giuristi medievali (sec. XII-XIV)*, Siena, 1996, pp. 1 ss.

⁵¹ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi Parmensi*, XXXIII, 1983, pp. 233 ss.

⁵² A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2, 1995, pp. 11 ss.;

⁵³ M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges C. A. Cannata*, Bale-Genève-Munich, 1999, p. 53 ss., da cui si cita, ora in ID., *Scritti giuridici*, cur. G. Falcone, II, Palermo, 2003, p. 719 ss.; ID., *Su struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano* in *BIDR*. 100 (1997 ma pubbl. 2003) pp. 37 ss., da cui si cita (già in AA. VV. *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC, Perugia 1999*, cur. L. VACCA, Torino, 2000, pp. 21 ss. e in AA. VV., *Vincula iuris. Studi M. Talamanca*, V, Napoli 2001, pp. 273 ss.; ora, infine, in ID., *Scritti giuridici*, cur. G. Falcone, II, Palermo, 2003, pp. 799 ss.

tutti il richiamo al Kaser-Hackl⁵⁴, per i quali non era prescritta la pubblicazione dei motivi, al Guarino, che relativamente al processo formulare (e quindi, a maggior ragione per la procedura *per legis actiones*) sostiene non essere necessaria una dettagliata motivazione mentre con riferimento alla *cognitio* appare possibilista⁵⁵, e al Talamanca che, parimenti, in merito ai primi due sistemi di tutela processuale afferma che la sentenza “non era nè doveva essere motivata”⁵⁶.

Negli ultimi anni non può non registrarsi la costanza di un dibattito: i suoi toni (quasi soffusi), anche se non fanno assurgere l’argomento alla dignità di cronache romanistiche, nulla tolgono alla vivacità intellettuale delle proposte ed idee avanzate. In quest’ottica appare doveroso ricordare il breve ma puntuale contributo del Guarino⁵⁷ che, grazie anche ad una originale visione pragmatica, riesce ad offrire interessanti spunti di riflessione.

Inspiegabilmente trascurato nel successivo dibattito, va segnalato un contributo dell’Aliste Santos⁵⁸ (dedicato alla motivazione della sentenza in diritto romano, poi confluito in una monografia sulla motivazione in generale) che sembra optare per la possibilità di sentenze motivate; sulle tesi dello studioso si avrà modo di tornare nel prosieguo del lavoro. Basti per ora aver dato atto dell’esistenza di un ulteriore tassello del variegato mosaico che si è andato componendo. Un quadro, quello descritto, che nel 2012, dopo il contributo del Centola⁵⁹, si è chiuso con un articolo della Biscotti⁶⁰. La studiosa ha portato nuova linfa all’argomento che ci occupa, sarà certamente di stimolo per ulteriori approfondimenti.

⁵⁴ M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, II ed., München, 1996, p. 495.

⁵⁵ A. GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed., Napoli, 2001, p. 229, nt. 11.7 e p. 255, nt. 13.5.

⁵⁶ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 298.

⁵⁷ A. GUARINO, *Spigolature romanistiche. 2. Gli argomenti del giudice*, in *Trucioli di bottega*, IV, Napoli, 2000 (ora in A. GUARINO, *Trucioli di bottega. Dodici coacervoli*, Napoli, 2005, p. 113, da cui si cita).

⁵⁸ T. J ALISTE SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, in *Pensamiento Jurídico*, 21, Bogotá, 2008, pp. 11 ss.; Id, *La motivación de las resoluciones judiciales* (2011), Madrid – Barcelona - Buenos Aires, 2011, pp. 36 ss.

⁵⁹ D. A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, in *SDHI*, 78 (2012), pp. 407 ss.

⁶⁰ B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, cur. L. GAROFALO, vol. I, Padova, 2012 pp. 30 ss.

Cap. II
Alla ricerca della motivazione della sentenza
nella procedura *per legis actiones*

Sommario: 1. Cenni introduttivi. 2. La motivazione della sentenza nel giudizio sacramentale. 2.a Gli epiloghi decisori dei *centumviri*. 2.b Segue: Ancora sulle pronunce *centumviri*. 2.c Gli epiloghi decisori dei *decemviri*. 2.d Motivazione della sentenza e *iudex unus*.

1. Cenni introduttivi

La ricerca tesa a stabilire se nell'ordinamento romano si sia mai profilata a livello legislativo e/o di prassi l'eventualità di motivare le sentenze e, in caso di risposta affermativa, come questa sia stata concepita, non può che prendere le mosse dal più antico sistema di tutela statale pervenutoci, quello delle *legis actiones*.

Ci si trova, in realtà, a procedere su un sentiero poco esplorato per diversi ordini di motivi. La sentenza, infatti, chiude la seconda delle due fasi in cui sono bipartite le azioni di legge di natura cognitoria, quella *apud iudicem*, sulla quale le fonti a nostra disposizione sono scarse.

Non ci è dato sapere, ovviamente, se futuri ritrovamenti ci consentiranno di ricostruire con maggiore precisione anche questa parte del processo antico; quel che è certo è che, nella mole delle testimonianze giunte fino a noi, questa fase del processo non riveste grande rilievo. Basti pensare a quanto Gaio riporta nel suo manualetto, dove a fronte di una esposizione abbastanza diffusa sulle caratteristiche delle singole azioni di legge e sui *concepta verba* sta l'assoluto silenzio rispetto al procedimento *apud iudicem*, e al modo in cui si formava la convinzione del giudice e si giungeva alla pronuncia della sentenza.⁶¹

L'indagine, dunque, procede sulla base di pochi frammenti e di considerazioni spesso indiziarie, con tutti gli evidenti limiti che ne derivano.

⁶¹ G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le legis actiones* (Dalle lezioni tenute nell'Università di Padova, a.a. 1947-48), Bologna, 1948, p. 292.

Un dato dal quale poter partire è che la struttura dell'*ordo iudicium privatorum* assegna la funzione giudicante ad un organo diverso rispetto a quello che esercita la *iurisdictio* e che, per dirla in termini moderni, potrà essere monocratico (nel qual caso ricorrerà la figura del *iudex* o *arbiter*), ovvero collegiale (*decemviri* e *centumviri*).

Mentre dalle fonti è possibile ricavare indicazioni sulla nomina del giudice⁶², nulla o molto poco sappiamo, come già detto, circa l'attività che si svolgeva dinanzi ad esso. Le ragioni di questo disinteresse, come è stato rilevato⁶³, forse dipendono dalla circostanza che l'indagine che si svolgeva nella seconda fase era condotta da un organo essenzialmente privato (legittimato dalla volontà delle parti) e verteva quasi esclusivamente sul fatto: la funzione giudicante, quindi, sfuggiva ad ogni possibilità di elaborazione teorica e appariva agli occhi dei giureconsulti di poco interesse.

Non è questa la sede per soffermarsi sull'argomento; basti qui limitarsi ad evidenziare che, l'avarizia delle fonti non appare così radicata da rendere inutile ogni approccio al tema, valendo, piuttosto, a suggerire un supplemento di cautela sia in fase di indagine che, soprattutto, in sede di conclusioni. In quest'ottica si può comprendere anche quell'«eccesso di prudenza» che pare aver contraddistinto gli studi in materia. La dottrina, infatti, sembra essersi limitata solo a lambire l'argomento, con accenni *a latere* di diverse questioni ed una attenzione rivolta prevalentemente al rito sacramentale: alla *legis per actio per iudicis arbitrive postulationem* e a quella *per condictioem*, laddove non completamente trascurate, vengono estese dagli studiosi – a volte del tutto acriticamente – le conclusioni raggiunte per il rito più antico.

⁶² Basti pensare a titolo meramente esemplificativo a Gai. 4.15 che ci dice che il giudice, in base alla Lex Pinaria, era *datus* dal *magistratus* (*...ut autem die XXX iudex daretur, per legem Pinariam factum est...*) oppure a Cic., *pro Cluent.* 43.120 che ricorda come nessuno poteva essere giudice se non scelto d'accordo tra le parti (*Neminem voluerunt maiores nostri, non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset...*)

⁶³ Così sostanzialmente G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, *Le legis actiones*, cit., p. 229

2. La motivazione della sentenza nel giudizio sacramentale.

L'indagine ovviamente non può che prendere le mosse dalla *legis actio sacramenti*.

Rispetto al più antico meccanismo di tutela cognitoria conosciuto dall'ordinamento giuridico, l'affermazione costante nella quale ci si imbatte in letteratura è quella della mancanza di un obbligo di motivare la decisione⁶⁴. Questa considerazione – specchio fedele di fonti completamente afone sull'esistenza di un simile requisito – è talvolta corredata di ulteriori precisazioni, sulle quali giova in questa sede soffermarsi brevemente.

Appare incontestato che la pronuncia si limitasse a dichiarare quale dei due *sacramenta* fosse *iustum* e che la stessa, pertanto, risolvesse solo in via mediata la questione sottoposta al vaglio del giudice.⁶⁵ La conclusione *de qua* è al tempo stesso punto di convergenza e anche di approdo sul quale si arenano le ricerche relative al contenuto della sentenza; solo raramente, infatti, i contributi dottrinali procedono verso ulteriori percorsi di indagine. Fra questi merita di essere segnalato quello del Pugliese⁶⁶ che, nel corso delle lezioni tenute nel 1962, nel manifestare la sua “impressione”⁶⁷ circa la mancanza di una vera e propria

⁶⁴ Cfr. *ex multis*: M. MOLÉ, s.v. *Sentenza*, cit., p. 1084; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 298 che scrive “assai poco conosciamo intorno alla sentenza stessa, che, come nel processo formulare, non era, né doveva essere, motivata, né era soggetta ad impugnazioni”; più di recente v. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 40.

⁶⁵ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, cit., p. 426, sottolinea come la dichiarazione su quale dei due giuramenti fosse *iustum* abbia caratterizzato non solo il periodo più antico ma anche quello più recente quando il “significato religioso del *sacramentum* divenne inavvertito e il giudice fu un laico”. Lo studioso riporta due casi, entrambi tratti da Cicerone, attestanti l'uso di questa terminologia ancora nel I sec. a.C. Il primo è desunto dall'orazione in difesa di Cecina. Qui l'Arpinate ricorda un giudizio in cui aveva difeso la libertà di una donna di Arezzo, avversata invece dal famoso oratore Cotta. Avendo quest'ultimo instillato nel collegio giudicante il dubbio che *non posse nostrum sacramentum iustum iudicari*, i *decemviri* non *prima actione* ma solo successivamente, - dopo attento esame della questione (*re quaesita et deliberata*) - *sacramentum nostrum iustum iudicaverunt*: Cic., *pro Caec.* 33.97. L'altra traccia sulla formula relativa alla bontà del giuramento è ripresa dalla *de domo sua* (29.78): *si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent*. Sulla formula “*sacramentum L. T. iustum est, sacramentum P. M. iniustum est*”; si v. pure: Cic. *de orat.* 1.10.46 (*iusto sacramento contendere*) e Cic. *pro Mil.* 27.74 (*non iniustis ... sacramentis petebat*); Arnob., *adv. nat.* 4.16.87a (*quis arbiter ... erit qui intra personas huiuscemodi aut vindicias iustas dare, aut sacramenta conetur pronuntiare non iniusta*). Che la decisione della controversia avvenisse solo in via mediata è opinione largamente condivisa. Tra le poche voci dissenzienti si v. BUONAMICI, *Delle legis actiones*, Pisa 1868, richiamato da G. BRINI, *Della condanna nelle legis actiones*, Ed. anast., Roma, 1978, p. 35, al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶⁶ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, cit., p. 435;

⁶⁷ Il termine è dello stesso Pugliese il quale, nel riconoscere che l'argomento della motivazione della sentenza avrebbe meritato un'indagine assai più approfondita, si limita, appunto, a

motivazione, ha cura di distinguere tra gli epiloghi decisori del *iudex unus* e quelli degli organi collegiali (*decemviri* e *centumviri*). Con riferimento ai primi, l'Autore ritiene possibile che le sentenze contenessero "spunti o germi di motivazione"⁶⁸; più precisamente, accanto a quello che oggi definiremmo dispositivo, esse potrebbero rivelare anche le premesse essenziali sulle quali viene poi fondata la decisione (ad esempio, nella pronuncia resa in un processo di libertà, la specificazione della nascita dell'individuo *sub iudicio* da madre libera)⁶⁹. A conforto della sua ipotesi lo studioso richiama un caso di cui Cicerone offre un resoconto nel *de officiis*⁷⁰. Si tratta di una controversia desunta dall'esperienza giudiziaria romana e definita - verso la fine del II sec. a.C.⁷¹ - da Marco Catone (padre dell'Uticense). La vicenda, che probabilmente ebbe ampia risonanza già nell'antichità, tanto che di essa è rimasta traccia anche nell'opera di Valerio Massimo⁷², è nota: a Claudio Centumalo, proprietario di una casa sul Celio, era stato ordinato dagli auguri di demolire quella parte dell'immobile la cui altezza impediva ai sacerdoti di scrutare il cielo per prendere gli *auspicia*. La circostanza viene taciuta quando l'immobile è venduto a Calpurnio Lanario, al quale è rivolta la stessa ingiunzione. Ottemperato

manifestare la sua "impressione" in merito (G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, cit., p. 436 s.).

⁶⁸ Così G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, cit., p. 435.

⁶⁹ L'esempio è tratto dallo stesso Pugliese.

⁷⁰ Cic. *de off.* 3.16.65-66.

⁷¹ La collocazione temporale del processo è effettuata sulla base di notizie attinte da F. MILTNER, s.v. *Porcius*, in *PWRE*. XXII.1 Stuttgart, 1953, col. 166, stando alle quali la morte di Marco Catone sarebbe avvenuta tra il 95 e il 91 a. C. Questo riferimento è il parametro utilizzato da tutti gli Autori che si sono soffermati sul punto: si v. ad esempio R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, p. 157, nt. 136; M. TALAMANCA, *La "bona fides" nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001, cura di L. Garofalo)*, IV, Padova 2001, p. 138; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, p. 61; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011, p. 319; data, infine, il processo "intorno al 100 a.C.": M. MARRONE, *Su struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, cit., p. 280; F. BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, (Atti Firenze 1983), Milano, 1985, 218 nt. 27, da cui si cita [ora in *Lectio sua*, II, Padova, 2003, p. 846], ricostruisce la data del processo rapportandola alla controversia, ad essa successiva, tra Gratiadiano ed Orata, pure narrata da Cicerone. Aggiunge il Bona che "Catone deve essere morto al più tardi nel 91 a.Cr.: il figlio, orfano di entrambi i genitori, viveva, col fratello e le sorelle nella casa dello zio materno, M. Livio Druso quando questi fu ucciso".

⁷² Val. Max. *fact. et dict. memorab.* 8.2.1. Sul passo di Valerio Massimo si avrà modo di tornare in maniera più approfondita nel corso del terzo capitolo. Valga in questa sede aver dato conto anche della sua testimonianza.

all'ordine, Lanario cita in giudizio Centumalo, ottenendone la condanna. La sentenza, sottolinea il Pugliese, benché non spieghi come il giudice sia giunto alla sua conclusione, contiene, tuttavia, una esplicitazione dei fatti risolutivi: il venditore, si "motiva", è ritenuto responsabile perché nel vendere la casa, pur essendo a conoscenza della prescrizione augurale, non ne aveva fatto parola (*cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset*).⁷³

Sulla narrazione ciceroniana – spunto per la dottrina moderna per riflessioni ad ampio raggio –⁷⁴ si avrà modo di ritornare nel corso di questo lavoro in maniera più approfondita; basti qui precisare che, secondo il Pugliese⁷⁵, la decisione sarebbe stata assunta all'esito di un processo formulare, in un'epoca in cui ancora vigevano le *legis actiones*, "sicché il suo tenore può avere un certo valore indicativo" anche degli epiloghi decisori resi all'esito di una procedura di legge.

La possibilità che le pronunce palesassero anche la relativa *ratio*, tuttavia, è conclusione limitata dal Pugliese alle sole sentenze rese dal giudice unico; per quelle emesse dagli organi collegiali, infatti, lo studioso giunge a risultati diversi, perché era nella "natura di siffatti organi (le cui deliberazioni, fra l'altro, erano prese a maggioranza) l'assenza (o in certo senso, addirittura l'impossibilità) di una motivazione".

Lo spiraglio che dall'insieme di riflessioni sembra aprirsi nella nostra ricerca che si proceda nell'indagine lungo due binari paralleli, uno dedicato alle sentenze dell'organo monocratico, l'altro appunto a quelle dei collegi.

⁷³ Secondo R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C. – II sec. D.C.)*, cit., p. 159, quanto riportato rappresenterebbe "l'originale dispositivo" della sentenza, il cui contenuto, inoltre, dimostrerebbe lo sforzo del giudicante di indicare i "fatti decisivi" che portarono ad individuare nella condotta del venditore un qualcosa di determinante ai fini della sua *condemnatio*. Della pronuncia, in particolare, G. BESELER, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in *BIDR.* 39 (1931) p. 331, sottolinea l'uso dell'arcaico "*in vendundo*", mentre A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Halle, 1895, p. 85, evidenzia la tecnicità della formulazione.

⁷⁴ Diversi i profili analizzati: dalla buona fede, al dolo, alla responsabilità del venditore, alle conseguenze giuridiche della reticenza, nessuno dei quali, tuttavia ha attinenza con il tema oggetto del presente lavoro.

⁷⁵ G. PUGLIESE, *Procedura civile romana. II. Le legis actiones*, p. 436 nt. 338.

2.a Gli epiloghi decisori dei *centumviri*.

Con riferimento al collegio dei *centumviri*, come poc'anzi accennato, secondo l'opinione del Pugliese, le sentenze sarebbero prive di una esplicitazione della motivazione. La tesi propugnata è stata di recente ripresa anche dal Murillo Villar⁷⁶ e da questi avvalorata, attraverso il riferimento all'episodio noto come "*causa Curiana*", del quale restano amplissime tracce in diverse opere di Cicerone⁷⁷. Il resoconto del giudizio fatto dall'Arpinate – particolarmente dettagliato e minuzioso, anche per quanto concerne il profilo processuale – appare allo studioso in stridente contrasto con l'assoluta mancanza di un benché minimo accenno alle ragioni che avevano condotto l'organo giudicante ad emettere la propria decisione; segno questo, secondo il Murillo Villar, che la sentenza non fosse motivata⁷⁸.

Studi più recenti, tuttavia, appaiono contraddire le tesi sopra esposte⁷⁹. Una testimonianza, tratta dal Digesto e relativa ad un giudizio centumvirale, infatti, è stata posta a fondamento di una conclusione diametralmente opposta a quella dinanzi esaminata.

Il riferimento è a:

Dig. 5.2.17 pr. (Paulus 2 quaest.): *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.*

⁷⁶ A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de Historia del Derecho* II, 1995, pp. 11 ss.

⁷⁷ Riferimenti alla causa Curiana sono in: Cic., *de orat.*, 1.39.180, 1.57.244 e 2.32.141; *de invent.*, 2.42.122; *Brutus*, 52.195; *pro Caec.* 18.53. Si tratta di una lite in materia ereditaria: un testatore, tal Coponio, nomina suo erede un *extraneus* (Manio Curio) ma solo per il caso che il figlio da lui atteso e non ancora nato fosse morto prima di acquistare la *testamenti factio* attiva. Non essendo nato il figlio, l'*adgnatus proximus* cita in giudizio Curio, chiedendo l'attribuzione dell'eredità *ab intestato*. Sosteneva, infatti, che, non essendo nato l'*heres postumus*, non si poteva neanche dire che fosse morto prima di uscire dalla tutela e che, pertanto la *vocatio ex testamento* fosse andata a vuoto. Curio, assistito dal famoso oratore L. Licinio Crasso, si difese sostenendo che la chiara volontà del testatore era stata quella di escludere dalla eredità i successori *ab intestato* se avesse avuto un figlio o se, mancando quest'ultimo, vi fosse stato appunto Curio. L'esito del giudizio, com'è noto, fu favorevole a Curio.

⁷⁸ A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit., p. 27;

⁷⁹ M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges C. A. Cannata*, Bale-Genève-Munich, 1999, p. 55 ss.

Il passo è noto alla dottrina che lo ha analizzato sotto diversi profili;⁸⁰ esso, tuttavia, viene in rilievo anche ai nostri fini.

La *quaestio* esaminata attiene ad una *querela inofficiosi testamenti* intentata da uno solo dei due figli del *de cuius*, avendo l'altro espressamente rinunciato all'azione. Secondo Paolo il querelante avrebbe potuto invocare l'autorità del giudicato nei confronti del fratello pretermesso (rinunziante), *quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint*. Il giurista, dunque, nella soluzione del caso ricorre alla 'finzione' che i centumviri abbiano considerato l'attore come unico figlio del defunto.

Su questa finzione, contenuta nella chiosa dell'escerto, si è soffermato il Marrone per sottolineare che se Paolo l'aveva proposta, è possibile che la convinzione del giudicante sulla unicità del figlio fosse rilevabile dalla pronuncia; ne deriva che, non emergendo essa dalla semplice risposta alla domanda su quale giuramento fosse giusto, "bisogna necessariamente pensare che i centumviri andassero oltre, o quanto meno potessero andare oltre, esprimendo le ragioni, o taluna delle ragioni essenziali della decisione che contestualmente adottavano"⁸¹.

La validità della tesi del Marrone impone che si proceda ad un'analisi più approfondita del passo in cui sia, innanzitutto, sciolto ogni dubbio sulla riferibilità del caso discusso da Paolo al sistema procedurale delle *legis actiones* e, quindi, sia ponderata – nel merito – la conclusione alla quale lo studioso perviene.

Quanto al primo profilo va subito rilevato che si tratta di un problema di non facile (e forse neppure definitiva) soluzione. Il Marrone, infatti, ricava dalla menzione ai *centumviri*, contenuta nell'ultima parte del passo, la "certezza" che

⁸⁰ Valga per tutti il richiamo agli studi condotti in materia di *querela inofficiosi testamenti* (per i quali, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, Palermo, 1962; L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, Napoli, 1972 e, più di recente, D. DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di "querela inofficiosi testamenti"*, Napoli, 2012); nonché a quelli relativi all'autorità del giudicato (cfr., fra i tanti, M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*, Palermo, 1965, 65 ss.; A. SALOMONE, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007).

⁸¹ M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, cit., p. 56.

il frammento riguardasse le *legis actiones*, ancora in uso al tempo di Paolo in materia di *querela inofficiosi testamenti*⁸².

Si tratta, tuttavia, di una conclusione che non appare pienamente convincente.

A destare perplessità, infatti, non è tanto l'indissolubilità del binomio *centumviri/legis actiones*⁸³, quanto piuttosto la circostanza che lo studioso

⁸² Il richiamo alla sola *querela* non sarebbe infatti risolutivo ove si consideri che, secondo una parte della dottrina, i reclami di inofficiosità potevano essere devoluti anche alla competenza di un *iudex unus*. L'ipotesi di una tal competenza concorrente è di conio relativamente recente se è vero che, ancora nel settecento, la dottrina non la prendeva affatto in considerazione. Si v. per tutti J. G. HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani Digestum in quo multa juris Romani atque auctorum veterum loca explicantur atque illustrantur*, (1736), notulas operi adiecit C. G. HAUBOLD (1822), denuo opus retractavit suisque ipsius observationibus auxit C. F. MÜHLENBRUCH, Francofurti ad Moenium 1841, p. 429 dove si legge: *Et de ea* (n.d.r. *querela inofficiosi testamenti*) *judicabant Centumviri*. Se dunque per il passato appare incontestata la competenza esclusiva del collegio, nel tempo sono state sostenute anche altre tesi. Non è questa la sede per addentrarsi in una questione quanto mai dibattuta. Basti qui ricordare che secondo alcuni studiosi le parti litiganti potevano scegliere tra i due organi giudicanti. In termini, sulla base di alcuni frammenti del *Digesta* (in particolare del titolo *De inofficioso testamento* [D. 5.2], in cui in materia di *querela* è menzionato il *iudex*: D. 5.2.5 [Marcell. 3 *dig.*], D. 5.2.6 pr. [Ulp. 14 *ad ed.*], D. 5.2.8.16 [Ulp. 14 *ad ed.*], D. 5.2.17.1 [Paul. 2 *quaest.*], D. 5.3.7.1 [Ulp. 14 *ad ed.*], D. 49.1.14 pr. [Ulp. 14 *ad ed.*]) v. M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, I, Leipzig, 1888, p. 215; E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'«ordo iudiciorum»*, Paris, 1907, pp. 94 ss.; H. HELLWIG, *Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes. Beiträge zur Lehre von der «querela inofficiosi testamenti» des klassischen römischen Rechts*, Leipzig, 1908 (rist. Frankfurt am Main 1968), pp. 9 ss. e 25 ss. Sulla stessa scia, sebbene con sfumature diverse: O. MARTIN, *Le tribunal des centumvirs*, Paris, 1904, pp. 83 ss., (o pag. 64?) secondo il quale, ferma restando questa libertà di scelta, inizialmente i querelanti avrebbero accordato preferenza ai centumviri, che, considerata l'ampia discrezionalità di questo tipo di giudizi, apparivano più disposti del *iudex unus* ad accogliere le loro istanze. Per una competenza esclusiva dei centumviri propendono, invece: F. EISELE, *Zur «querela inofficiosi»*, in ZSS. 15 (1894) pp. 271 ss.; J. C. NABER, *De centumvirali iudicio (Observantiunculae de iure Romano LXXVII)*, in *Mnemosyne* 25 (1897), p. 182; P. LOTMAR, *Kritische Studien*, Munchen, 1878, p. 76; F. VON WOESS, *Das römische Erbrecht und die Erbanwärter*, Berlin 1910, pp. 224 ss.; U. BAHR, *Die Geschichte der «decemviri stlitibus iudicandis» und der «centumviri»* (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald), Greifswald, 1919, p. 45; F. BOZZA, *Sulla competenza dei «centumviri»*, Napoli, 1928, pp. 101 s.; GIRARD-SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, p. 955; E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la «querela inofficiosi» en droit romain*, Liège, 1942, p. 279; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana, le «legis actiones»*, cit., p. 256-257; M. MARRONE, *Sulla natura della «querela inofficiosi testamenti»*, in *SDHI*. 21 (1955), pp. 75 ss., che comunque ritorna sul passo anche in scritti successivi; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, I, cit., p. 240; ID., *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, cit., p. 210, nt. 174; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Roma, 1964, p. 250 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II parte speciale, Milano, 1963, p. 708, nt. 18; di recente: L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri*, Milano, 2002, p. 235.

⁸³ Si veda Gai. 4.16 e 31.

accrediti il testo come riferito a questa procedura solo in virtù della menzione contenuta nella chiosa del testo al prestigioso consesso.

Può essere ritenuto sufficiente questo elemento?

La risposta al quesito impone che ci si interroghi sulla autenticità del passo che, in realtà, non ha mancato di sollevare dubbi in dottrina⁸⁴. I sospetti si sono, tuttavia, concentrati prevalentemente sul segmento centrale dell'escerto (laddove ci si riferisce alla rescissione del testamento, alla successione *ab intestato* o anche alla erronea rivendicazione dell'intera eredità), vale a dire su un tratto che

⁸⁴ Il frammento è segnalato come interpolato da diversi autori: F. EISELE, *Zur "querela inofficiosi"*, cit., p. 291 s.; O. LENEL, *Pal.*, I, 1183.1279; O. GRADENWITZ, *Glossierte Paulusreste im Zuge der Digesten*, in ZSS. – St. 23 (1902), p. 458 s. espunge tutta la proposizione *quia...vindicasset*, ritenendola un glossema (perché notando l'identità di espressioni ricorrenti nel fr. 17 pr. del fr. 19, ritiene che l'inciso *de quo* sia una glossa a quest'ultimo); v. pure H. HELLWIG, *Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes. Beiträge zur Lehre von der "querela inofficiosi testamenti" des klassischen römischen Rechts*, cit., p. 60 ss.; anche E. BETTI, *D. 42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, p. 461 ss. segnala interventi sul passo; G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 454 nt. 2 e 457 nt. 1, espunge diversi tratti dal passo, ritenendoli interpolati: in particolare, l'inciso *quia ... vindicasset* dipenderebbe dalla diversa natura della querela postclassica che, avendo ad oggetto l'annullamento del testamento perché redatto da un pazzo e determinando l'apertura della successione intestata, gioverebbe necessariamente a tutti i successibili *ab intestato*; le parole *in rebus humanis* si giustificerebbero con la tendenza giustiniana a considerare come morti i diseredati, i condannati e, quindi, anche i rinunzianti; la locuzione *cum facerent intestatum*, oltre che trovare un corrispondente in D. 5.2.6.1, rispecchierebbe la concezione bizantina della querela; l'inciso iniziale *repudiantis animo* risponderebbe, infine, alla una tendenza schiettamente giustiniana di ricondurre gli effetti giuridici del negozio all'*animus* di colui che lo compie; si v. altresì H. KRÜGER, *Nachträge zur "querela inofficiosi testamenti"*, in *BIDR.* 47 (1940) p. 69. Sul testo ha avuto modo di soffermarsi in varie occasioni, proponendone diverse esegesi, il Marrone. L'Autore inizialmente offre una interpretazione del passo particolarmente "radicale" espungendo la prima parte del testo *Qui repudiantis ... unde*, attribuita ai compilatori ed il tratto *quia ... vindicasset*, considerato ingiustificato (così: M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit., p. 66 ss.); a risultati meno trancianti lo studioso approda ritornando, negli anni successivi, di nuovo sul passo. In particolare, il responso di Paolo viene giudicato sostanzialmente genuino, eccezione fatta per qualche formale rimaneggiamento (forse per sopprimere più precisi riferimenti all'espedito paolino, ormai superato nel diritto giustiniano, dove i *fili in potestate* non sono più *heredes necessarii* nel senso romano-classico): così M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti*, cit., pp. 112 ss. (in particolare p.115 nt. 8); ID., *L'effetto normativo della sentenza*, cit., p. 68, nt. 54. Anche VOCI, *Diritto ereditario romano*, II. (seconda ed.), *Parte speciale. Successione ab intestato, successione testamentaria*, Milano, 1963, p. 695 ritiene non di Paolo il segmento intermedio del testo (*quia rescisso ... vindicasset*): espunto questo inciso, infatti il testo riacquisterebbe il suo ordine: il coerede per la rinuncia dell'altro, agisce validamente per l'intero e oppone l'*exceptio rei iudicatae* al rinunciante che dopo la rinuncia, a vittoria conseguita, vorrebbe la sua parte. Il periodo che turba l'andamento del testo è dovuto ai compilatori che seguivano la tesi di Papiniano che fissava oggettivamente *ab initio* le quote di ognuno e non faceva dipendere la totale invalidità del testamento dal volere di uno degli eredi necessari (quindi modificarono il testo nel senso che la pronuncia totale in favore di un solo coerede possa essere dovuta solo ad un errore del giudice). Segnala l'esistenza del problema delle interpolazioni anche L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti*, cit, p. 223 ss.

non tocca il nostro campo di indagine. Tra le molteplici ricostruzioni esegetiche prospettate, a quanto consta, solo una, quella del Siber⁸⁵, contiene rilievi che ricadono proprio sulla parte del responso rilevante ai nostri fini. L'autore, infatti, elide tutta la parte finale del responso, espungendo proprio il riferimento ai *centumviri*.

Certo, di fronte a questa ricostruzione del testo, si può facilmente obiettare che altri due luoghi del Digesto⁸⁶ contengono una citazione esplicita al prestigioso consesso: le probabilità di un suo inserimento ad opera dei compilatori appaiono, in quest'ottica, veramente assai scarse.

La tesi del Siber, tuttavia, insinua un sospetto che non può essere ignorato anche alla luce di un'ulteriore considerazione.

Dal frammento sembra emergere un indizio che induce a supporre che Paolo nella *quaestio* in esame si stia riferendo alla *querela inofficiosi testamenti* cognitoria. Il termine *accusatio*⁸⁷, infatti, com'è noto, nei testi dei giuristi classici, quando utilizzato in quest'ambito, era relativo alla sola *querela cognitio*⁸⁸. Come giustificare allora questa apparente contraddizione?

Rilevato che la circostanza non sfugge allo stesso Marrone il quale, non a caso, attribuisce all'intervento dei compilatori l'introduzione dell'*incipit* del passo (*Qui repudiantis - unde*)⁸⁹, laddove si volesse ritenere genuino l'intero passo, si potrebbe giustificare il riferimento ai *centumviri* immaginando che l'escerto paolino fosse più articolato rispetto a quello giunto fino a noi e contenesse un riferimento più ampio ad una questione, nel riferire la quale Paolo aveva poi richiamato i *centumviri*.

⁸⁵ H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II, Römisches Recht*, Leipzig, 1928, 2.379 e nt. 23, più precisamente, sopprime il tratto *et ideo - crediderint*.

⁸⁶ Si tratta in particolare di D. 34.3.30 (Paul. 10 *quaest.*) e di D. 5.2.13 (Scaev. 3 *resp.*), sui quali si avrà modo di ritornare nel corso del lavoro. Altra menzione al collegio dei *centumviri* è in C. 3.31.12 pr.

⁸⁷ L'espressione *accusatio inofficiosi testamenti* si spiega considerando il fatto che l'impugnazione del testamento fu vista dai Romani come reazione ad un'offesa patita: M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti. Lezioni di diritto romano*, cit., p. 40.

⁸⁸ Diversi gli autori che si sono occupati dell'argomento. Valga qui il richiamo a M. MARRONE, *Sulla natura della querela inofficiosi testamenti*, in *SDHI*. 21 (1955), p. 106, da cui si cita, [ora in *Scritti giuridici*, cur. G. FALCONE, vol. I, Palermo, 2003, p. 35]; più di recente, F. ARCARIA, *"Septemvitalia iudicia". Contributo alla storia della querela inofficiosi testamenti in età classica*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Metro*, cur. C. RUSSO RUGGERI, 2009, p. 59.

⁸⁹ M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit., p. 66.

Come si vede pure ipotesi (per non dire illazioni) che, tuttavia, valgono a suggerire estrema cautela nell'assumere delle conclusioni rispetto a questa testimonianza.

Ai fini che qui rilevano non sembra utile addentrarsi ulteriormente nei meandri di una questione che appare veramente inestricabile. Basti qui aver dato atto dell'esistenza di un problema ancora irrisolto e aver sollevato quantomeno il dubbio sulla asserita 'certezza' nella riconducibilità del frammento alle *legis actiones*⁹⁰.

La perplessità sollevata in via preliminare, *de iure condendo* non esime dall'entrare nel merito delle argomentazioni addotte dal Marrone a sostegno della sua tesi.

Si è visto che secondo lo studioso era possibile che i centumviri esprimessero nella sentenza le ragioni poste a fondamento della decisione assunta e che tale conclusione lo studioso ha raggiunto prendendo spunto dal responso di Paolo, secondo il quale il querelante, vittorioso in un reclamo di inofficiosità, avrebbe potuto opporre l'autorità di cosa giudicata anche nei confronti del fratello rinunziante-pretermesso: la finzione suggerita da Paolo, relativa alla considerazione da parte dei centumviri sull'unicità del figlio che

⁹⁰ Va rilievo che l'abbinamento della sola procedura per *legis actiones* – con esclusione quindi di quella formulare – ai *centumviri* viene fondato su considerazioni di diverso tenore. Alcuni Autori hanno rilevato l'incompatibilità tra la struttura del *iudicium* – del quale componente essenziale è la *datio iudicis* – ed un collegio – come quello in esame – che, essendo di carattere permanente, non lasciava alle parti quei margini di scelta che un elemento come la designazione, invece, implicava. (cfr. *ex multis* M. WLASSAK, s.v. *Centumviri*, in *PWRE*. 3.2, Stuttgart, 1899, coll. 1935-1952; F. Bozza, *Sulla competenza dei "centumviri"*, Napoli, 1928). Altri studiosi, invece, hanno preferito soffermarsi sul prestigio di questo consesso, desumendone – alcuni – l'impossibilità di ipotizzare un comando da rivolgergli (ad es.: P. LOTMAR, *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München, 1878, p. 68 e p.76) e sottolineando – altri – come esso si attagliasse perfettamente ad una procedura così "venerabile" (si veda: H. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 325 ss.). Altri, infine, hanno fatto rilevare che come appare pienamente comprensibile che il collegio giudicante abbia inizialmente adottato la procedura per *legis actiones*, essendo questa l'unica esistente, così appare giustificabile che l'abbinamento sia rimasto anche dopo la riforma delle leggi Giulie, consentendo la procedura sacramentale il vantaggio di una condanna *in ipsam rem*, fondamentale in una materia come quella ereditaria in cui "l'importanza, religiosa, della trasmissione dei beni degli avi non poteva conoscere surrogati pecuniari e il vincitore della causa doveva avere il diritto di acquisire l'immediata disponibilità materiale di quei beni" (così L. GAGLIARDI, *Decemviri e Centumviri. Origini e competenze*. Milano, 2002, p. 156, al quale si rinvia anche per la discussa questione della condanna *in ipsam rem*).

aveva agito rappresenta per lo studioso la *ratio* della decisione della quale in qualche modo doveva rimanere traccia.

Va preliminarmente rilevato che il caso oggetto della *quaestio* paolina è riferibile, alla luce del richiamo alla *cognitio*, ad un periodo in cui le *legis actiones* erano in fase di piena maturità; pertanto, alla luce anche delle altre fonti in nostro possesso, potrebbe valere ad l'esistenza nella prassi di motivare le sentenze solo per questa epoca e non anche per quelle più risalenti.

Occorre ora verificare se la conclusione alla quale giunge il Marrone possa essere avvalorata sia alla luce di considerazioni sull'attività dei centumviri in generale sia in rapporto ad altre fonti.

Quanto al primo profilo va ricordato che le sentenze del prestigioso consesso sono spesso qualificate come particolarmente innovative e rivoluzionarie. Si tratta, però, di una affermazione che, allo stato delle fonti, non può certo portare ad ipotizzare che presso questo tribunale si sia affermata la prassi di motivare le sentenze.

Vi è, infine, un ultimo rilievo. Il testo in nostro possesso non offre elementi certi che consentano di disancorare del tutto l'affermazione in esso contenuta dal pensiero personale del giurista per agganciarla a quella del contenuto di una sentenza. Nulla esclude, in altre parole, che la chiosa dell'escerto sia frutto di uno sforzo esplicativo⁹¹ di Paolo che argomenta in modo più chiaro un suo pensiero; un riferimento, dunque, fatto *docendi causa* ovvero per supportare ulteriormente la sua attività di *interpretatio*.

2.b Segue: Ancora sulle pronunce dei *centumviri*

Le indicate perplessità inducono ad analizzare ulteriori fonti, relative a giudizi centumvirali.

⁹¹ In questo senso anche B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, cit., p. 34 per la quale “il voler ravvisare qui traccia di motivazione della sentenza è una forzatura, rispetto alla natura meramente interpretativa del discorso di Paolo: significa attribuire un valore semiotico a parole che, al contrario, ne hanno uno ermeneutico”.

Come rilevato, vi sono altre occorrenze in cui è richiamato il collegio giudicante ed una di queste, ha offerto di recente lo spunto per ritornare a considerare la possibilità che dalle sentenze, in casi particolari, dovesse trasparire anche la *ratio decidendi*.

Il riferimento è ad un contributo del Wacke⁹², nel quale, sebbene solo *en passant*, si accenna alla possibilità di sentenze motivate.

Al centro dell'attenzione è, ancora una volta, un frammento tratto dalle *quaestiones* di Paolo. Si legge in:

D. 34.3.30 (Paul. 10 *quaest.*): *Petitor vel possessor damnavit heredem suum, ne centumvirale iudicium exerceat: de effectu legati quaeritur. et dictum ita demum utile videri legatum esse, si malam causam adversarius testatoris habuit, ut litigante herede vinci debuerit: tunc enim non tantum litis emolumentum, sed etiam sumptus heres legatario praestare cogitur. Nam in bona causa nihil videtur esse in legato nec propter sumptus, quod quidam existimaverunt.*

Ad essere esaminata in questo caso è la questione dell'efficacia di un legato con il quale testatore, titolare di un'azione da far valere innanzi al collegio dei *centumviri*, inibisce all'erede di procedere in via giudiziaria nei confronti del legatario istituito. Secondo il responso paolino il lascito si rivela utile se l'esito dell'eventuale controversia è sfavorevole al legatario (risultando, quindi, quest'ultimo debitore di qualcosa); inutile se per il diritto sostanziale il legatario non è tenuto ad alcunché⁹³. Il giurista severiano, tuttavia, ha cura di precisare che, *si malam causam ... habuit*, al legatario dovranno essere corrisposte dall'erede - in aggiunta all'*emolumentum* - anche le spese processuali; qualora il legatario abbia ragione, invece, il legato *nihil videtur esse* e le 'competenze di lite' non sono dovute.

L'aspetto interessante ai fini del discorso che ci occupa concerne proprio questa eventuale condanna accessoria a spese e competenze di lite. Su di esso si è soffermato il Wacke che ha evidenziato come l'azione intentata dall'erede nei confronti di un legatario, nonostante l'inibizione contenuta nel testamento, sia destinata a fallire. Se, infatti, nel corso del giudizio, dovesse risultare che la

⁹²A. WACKE, "Bonam sive malam causam habere". La prospettiva di successo nel processo civile romano, in www.ledonline.it, p. 265 ss.

pretesa del successore universale è fondata nel merito, essa, comunque, per effetto del legato – utile – non potrebbe trovare accoglimento; l'azione sarebbe rigettata con condanna alle spese di lite; se viceversa la richiesta dell'erede risultasse infondata nel merito, la domanda sarebbe comunque respinta. In entrambi i casi, dunque, secondo il Wacke l'azione è votata all'insuccesso. Come abbiamo visto, però, ad essere diversa è la pronuncia relativa alle spese, riconosciute nel primo e non anche nel secondo caso⁹⁴. È evidente in questo caso che il semplice dispositivo della sentenza sul *sacramentum* non sarebbe stato sufficiente a far evincere anche questo ulteriore profilo: di qui la necessità che dalla sentenza emergessero con “auspicabile chiarezza” le ragioni della decisione.

Ma vi è di più.

Secondo lo studioso, l'esplicitazione dei motivi della decisione rilevarebbe anche per la determinazione dell'ammontare della massa ereditaria ai fini della quarta Falcidia. Nel caso di legato inutile (quando cioè l'onorato non risulta essere debitore), per stabilire l'ammontare del compendio ereditario non si deve fare riferimento al valore del legato liberatorio. A risultato diverso, invece, si perviene laddove il lascito sia utile. Alla luce di queste considerazioni il Wacke conclude per la necessità di una indicazione da parte dei giudici delle ragioni sottese alla decisione.

La soluzione prospettata dal Wacke appare suggestiva; tuttavia, alcune considerazioni si rendono necessarie.

Per quanto riguarda le spese non può non evidenziarsi come la conclusione alla quale lo studioso perviene sia fondata su una ricostruzione del passo non da tutti condivisa. Diversi autori, infatti, sfrondano l'escerto proprio nel punto relativo alle spese processuali⁹⁵, ritenendolo frutto di aggiunte compilatorie. In

⁹⁴ Il Wacke non manca di soffermarsi sulle ragioni sottese al diverso regime delle spese. Sottolinea lo studioso che la refusione delle spese è strettamente collegata alla validità del legato. A ben riflettere, però, il comune sentire indurrebbe a richiedere uguale trattamento anche (direi a maggior ragione) nel caso in cui la pretesa sia respinta nel merito e non in virtù del legato liberatorio. In realtà i giureconsulti esprimendosi in favore di un rimborso delle spese miravano a rafforzare gli effetti del legato liberatorio. Se quest'ultimo, invece, fosse stato privo di contenuti, la vacuità si sarebbe riverberata sul regime delle spese che, in assenza di un principio generale che ne imponeva il rimborso, com'è noto, gravavano comunque sulla parte.

⁹⁵ Sul regime delle spese processuali, si v., *ex multis*, L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., pp. 330 ss.

particolare il Marrone⁹⁶ espunge i tratti “*tunc enim ... nam*” e “*nec propter sumptus*” per l’allusione in essi contenuta alle spese processuali che, invece, non erano prese in considerazione dall’ordo. Eccezioni, queste, della quali non si può non tener conto in un esame come il nostro.

Resta infine, pur nell’indiscutibile fascino che la costruzione presenta, il rilievo della mancanza di un qualsiasi elemento utile a svincolare la soluzione prospettata dalla *opinio* del giurista e ricondurla al contenuto di una sentenza.

L’eccezione sollevata con riguardo al frammento precedente si può riproporre negli stessi termini in ordine al passo qui in esame, estrapolato fra l’altro dai *libri quaestionum*, ricchi com’è noto di discussioni tra maestri e discepoli a titolo di esercitazione.

2.c: Gli epiloghi decisori dei *decemviri*

Tra i collegi giudicanti rientra anche quello dei *decemviri*: le decisioni assunte da questo consesso erano motivate?

Le lezioni del Pugliese del 1962⁹⁷, dalle quali si è partiti per l’indagine sulla eventuale presenza di una motivazione nelle sentenze della procedura *per legis actiones*, offrono uno spunto di riflessione anche per gli epiloghi decisori dei *decemviri*. Lo studioso, infatti, non esclude che, accanto a quello che oggi definiremmo dispositivo, le sentenze potrebbero rivelare anche le premesse essenziali sulle quali viene poi fondata la decisione. L’esempio citato nel testo è quello di una pronuncia resa in un processo di libertà⁹⁸ nella quale potrebbe trovare spazio la specificazione della nascita della persona *sub iudicio* da madre libera. Sebbene il Pugliese escluda che per i collegi giudicanti si possano prospettare casi di sentenze motivate, e, pertanto, limiti questa eventualità ai giudici unici, in realtà, con l’esempio riportato fa riferimento ad un giudizio –

⁹⁶ M. MARRONE, *Sulla natura della ‘querela inofficiosi testamenti’*, cit., p. 94. Nello stesso senso il Biondi elimina il tratto *tunc enim – cogitur*, perché sia per la forma che per la sostanza appare intruso (B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei [II. Iudicia contraria]*, in *AUPA*. 7 [1918] p.133 nt. 3).

⁹⁷ G. PUGLIESE, *Procedura civile romana. II. Le legis actiones*, cit., pp. 435 s.

⁹⁸ Per un approfondimento sui processi di libertà si rinvia a G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961 e, più di recente, a S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino, 2010.

quale quello di libertà – che, com'è noto, avveniva dinanzi ai *decemviri*. La circostanza che l'Autore non indichi poi una fonte specifica induce a pensare che si sia trattato di un esempio *docendi causa*.

Lo stato delle testimonianze non consente di avanzare ipotesi sul punto. Anzi, se si pensa al processo di libertà in cui Cicerone aveva difeso una donna di Arezzo, sembrerebbe condurre a risultati diversi.

Cic. pro Caec. 33.96-97: *Qui enim potest iure Quiritium liber esse is qui in numero Quiritium non est? Atque ego hanc adulescentulus causam, cum agerem contra hominem disertissimum nostrae civitatis, <C.>⁹⁹ Cottam, probavi. Cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem iniecisset non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Arretinis adempta civitas esset, et ego vehementius contendissem civitatem adimi non posse, decemviri prima actione non iudicaverunt; postea re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum iudicaverunt. Atque hoc et contra dicente Cotta et Sulla vivo iudicatum est. Iam vero in ceteris rebus ut omnes qui in eadem causa sunt et lege agant et suum ius persequantur, et omni iure civili sine cuiusquam aut magistratus aut iudicis aut periti hominis aut imperiti dubitatione utantur, quid ego commemorem? Dubium esse nemini vestrum certo scio.*

Il testo si apre con un quesito. L'Arpinate si domanda come possa considerarsi libero chi non è più annoverato fra i *Quiriti*. La questione di diritto si pone in seguito ad una Lex Cornelia che aveva privato della cittadinanza gli abitanti di Arezzo e Volterra. Nella risposta ricorda appunto il processo in cui, in contraddittorio con Cotta, suo avversario nonché valente oratore, aveva difeso la libertà di una donna Aretina. Avendo Cotta insinuato nel collegio giudicante il dubbio che non fosse giusta la rivendica di libertà (*non posse nostrum sacramentum iustum iudicari*), i *decemviri* non *prima actione* ma solo successivamente, - dopo attento esame della questione (*re quaesita et deliberata*) - *sacramentum nostrum iustum iudicaverunt*.

Dal passo emerge, in tutta la sua perentorietà, uno schema (giuramento giusto/ingiusto) che viene riproposto invariato anche all'esito della 'ponderazione' dei fatti: segno questo che non c'era spazio nella pronuncia,

⁹⁹ L'aggiunta al testo è del BAITER. Il contraddittore di Cicerone è qui Aurelio Cotta, console nel 75 a. C. e, fra l'altro, famosissimo oratore, ricordato dallo stesso Arpinate anche in *Brutus*, 201-205.

almeno alla luce di questa testimonianza, per corredare la sentenza di elementi accessori.

2.d. Motivazione della sentenza e *iudex unus*.

Per quanto concerne gli organi giudicanti in composizione monocratica si è già anticipata l'impressione del Pugliese sulla possibilità di rinvenire nella sentenza "spunti" o "germi di motivazione" e sulle ragioni dallo stesso addotte a sostegno della sua conclusione¹⁰⁰. Quello dello studioso è un semplice accenno ad una questione che in questa sede si proverà a trattare in maniera più approfondita.

Due sono i problemi che vanno risolti laddove si provi ad interrogarsi sulla motivazione della sentenza anche con riferimento a decisioni non assunte da organi collegiali.

Posto che le fonti, accanto al *iudex unus* (che può ricorrere in tutte le *legis actiones*), menzionano talvolta – quale organo deputato alla soluzione di una controversia – anche un *arbiter*, bisogna innanzitutto tentare di capire se questa distinzione si ripercuota anche sulle decisioni.

L'altra domanda da porsi, invece, è se 'peculiarità' nella forma della decisione potessero derivare dalla circostanza che le pronunce erano rese all'esito di una piuttosto che di un'altra azione di legge.

Sul primo aspetto, va subito evidenziato che il binomio *iudex-arbiter* ricorre più volte¹⁰¹ nelle fonti, a partire già dalle XII Tavole dove lo si incontra per ben due volte. La dualità ha destato diverse discussioni nella dottrina romanistica, preoccupata soprattutto di individuare l'esistenza di un riparto di competenze e precisare i rapporti fra le due figure. In questa sede, però, rileva

¹⁰⁰ G. PUGLIESE, *Procedura civile romana. II. Le legis actiones*, cit., p. 436

¹⁰¹ XII Tab. 2.2 *quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffisus esto*; e 9.3 *Duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem [iu]dic[an]dam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur?* (versetto questo relativo a chi si fosse fatto corrompere per pronunciare una sentenza). Con riferimento alle altre testimonianze si v., ad esempio, Gai. 4.17 *actor dicebat: quando tu negas, te praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des...*; Gell. NA. 20.1.7 *nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur.*

solo provare a capire se la diversità tra i due organi si riverberi anche sul contenuto della sentenza che gli stessi erano chiamati ad emettere.

Parte della dottrina¹⁰² – in forza di numerosi testi in cui i due termini appaiono adoperati in modo promiscuo¹⁰³ – ha sostenuto la sostanziale identità tra giudice ed arbitro.

Alla luce della ricorrenza del binomio in un testo come quello delle XII Tavole, ritenuto particolarmente preciso e minuzioso, altri studiosi sono approdati a risultati diametralmente opposti¹⁰⁴. Si è, pertanto, sottolineato che la duplice menzione non può non trovare riscontro in una diversa funzione; più precisamente, gli arbitri sarebbero chiamati ad espletare compiti tecnici (si pensi alla determinazione del valore di un bene, all'indicazione delle modalità di divisione di un patrimonio ereditario), ovvero una serie di attività per loro natura condizionate da regole di esperienza ed implicanti un'ampia latitudine di apprezzamento. In quest'ottica, dunque, non destano meraviglia quei testi che appaiono presentare una competenza in determinate materie come esclusive degli arbitri¹⁰⁵, né quelle fonti che sembrerebbero attribuire a questi ultimi maggiore discrezionalità nell'assumere la decisione. Basti pensare a Festo quando scrive *Arbiter dicitur iudex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem*.¹⁰⁶ D'altra parte, verso questo risultato sembra far convergere anche

¹⁰² Si veda a titolo meramente esemplificativo M. WLASSAK, sv. *Arbiter*, PWRE. II/1, Stuttgart, 1895, p. 408 ss.; ID., *Römische Prozessgesetze*. II. pp. 293 ss., in particolare p. 296.

¹⁰³ Cic. De off., 3.17.70. *quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur: in his magni esse iudicis statuere, praesertim quum in plerique essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*; cfr., inoltre, PS. 1.18.1 *Arbiter familiae herciscundae plus quam semel dari non potest: et ideo de his, quae divisa eo iudicio non sunt, communi dividundo arbiter postulatus partietur*; v. pure a titolo esemplificativo D. 27.4.1 e 3 (Ulp. 36 ad ed.), relativo all'*actio tutelae*.

¹⁰⁴ Si veda, ad esempio, G. PADELLETTI, *I giudici nel processo civile romano*, in Arch. giur., XV, 1875, p. 530 che sottolinea come “male si concluderebbe dal modo, col quale le dodici Tavole e le *legis actiones* pongono sempre l'arbitro a lato del giudice (*iudex vel arbiter*) che quei concetti fossero ancora mal definiti e le due parole si considerassero come equivalenti; G. I. LUZZATTO, *Procedura civile romana. II. Le legis actiones*, cit., p. 219; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, 1993, p. 127.

¹⁰⁵ Basti pensare ai giudizi divisorii di cui parla Gaio in 4.17 ovvero ai casi di presentazione di una *vindicia* falsa: v. Festo sv. *Vindiciae*, p. 156L; o, ancora, al caso dell'*arbitrium litis aestimandae*: Festo, sv. *Arbitrium*, p. 14L.

¹⁰⁶ V. pure Cic. *pro Roscio* 4.10 *Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitima partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut*

la scelta del termine *arbiter*. Secondo l'etimologia più accreditata, infatti, esso deriverebbe da *adbaetere* (o *bitere*)¹⁰⁷, ovvero “andare” sul luogo o presso l'oggetto proprio per l'attività tecnica necessaria: dunque un'attività condizionata dai convincimenti e dalle regole di esperienza e, perciò, caratterizzata da un ampio margine di discrezionalità¹⁰⁸.

obtimeamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur, in cui l'Arpinate, seppure con riferimento alla procedura formulare del suo tempo, distingue tra *arbiter* e *iudex* basandosi proprio sul rigore o sulla elasticità della natura delle controversie; la distinzione, rileva G. NOCERA, “*Reddere ius*”. *Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, cit., pp. 198 s., non può che essere valida anche per le *legis actiones*.

¹⁰⁷ Più precisamente il termine *arbiter* sarebbe il frutto di una combinazione letterale delle tre sillabe *ar*, *bit* e *ter*, ciascuna con un proprio significato, derivato rispettivamente da: *ad* (movimento verso qualcosa/qualcuno), *baeto*/*bito* (andare, recarsi) e *ter* (desinenza tipica di soggetto che svolge attività) che confluisce. La sintesi che ne deriva è la parola *arbiter* la cui accezione, dunque, rimanda a qualcuno che “si muove verso” per porre fine ad una controversia, recando con sé una prova o la capacità tecnica su una questione. Su tale costrutto linguistico non mancano tuttavia i dubbi perché la vocale interna del termine *baeto*/*bito* è lunga e, dunque, non potrebbe abbreviarsi nel composto *arbiter*. Singolare la ricostruzione del Martino che propone la radice *rb*, nota nell'Oriente con il significato di garanzia (si pensi ad *arrha*) o mediatore; in quest'ottica, dunque l'*arbiter* è visto come intermediario (dapprima in ambito extragiudiziario e poi, in quella di organo giudicante). La letteratura sul tema è vastissima. Senza nessuna pretesa di esaustività si rinvia a: H. E. DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, sv. *Arbiter*, Berolini, 1837, p. 77 s.; KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 54 ove si legge che “ognuno che sopraggiunge, è presente a un caso, vede e ascolta; dal qual originario significato di testimonio di veduta e udita è poi nato quello di giudice di fatto” (trad. in G. BRINI, *Della condanna nelle legis actiones*, cit., p. 50); A. VANİÇEK, s.v. “ba”, in *Griechisch-lateinisches etymologisches Wörterbuch*, I, Leipzig, 1877, p. 184 ove è qualificato come “der hinzukommende” (il sopravveniente); E. DE RUGGIERO, sv. *Arbiter*, in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, I, Roma, 1895, pp. 613 ss.; M. WLASSAK, sv. *Arbiter*, in *PWRE*, II/1, Stuttgart, 1895, pp. 408 ss.; O. HEY, s.v. *Arbiter*, in *Thesaurus linguae latinae*, II-2, Lipsiae, 1901, p. 404 ss.; A. FORCELLINI et alii, *Lexicon totius latinitatis*, I, s.v. *Arbiter*, rist. Patavii, 1940, p. 300 ss. (ove si legge: *ad litteram arbiter est qui, dum res accidit, advenit eamque inspicit, qui rei evenienti adveniens adest, quin tamen eiusdem particeps sit, ita ut sine partium studio conscius et testis rectius de re ipsa sententiam fere posse*); A. WALDE, J. B. HOFMANN, sv. *Arbiter*, in *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, III ed., II, Heidelberg, 1954, p. 62; A. ERNOUT, A. MEILLET, sv. *Arbiter*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, IV ed., Parigi, 1967, p. 42 s.; PH. E. HUSCHLE, *Gaii institutionum iuris civilis commentarii quattuor*, in *Iurisprudentiae anteiusinianae quae supersunt* Leipzig, 1873, p. (il giudice a cui le parti si recano). Per una più accurata ricostruzione del termine e della letteratura si rinvia al recente testo di N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività delle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli, 2012, pp. 9 ss.

¹⁰⁸ G. PADELLETI, *I Giudici nel processo civile romano*, it., p.530: Il *iudex* in senso lato diventa *arbiter* non appena si tratti di risolvere una questione piuttosto di fatto che di diritto ... ovvero di decidere rapporti giuridici per i quali debbano osservarsi più presto le norme della buona fede che quelle di stretto diritto” il che, secondo gli interpreti accade per *finium regundorum* (Cic. De leg. 1.21 e 55), *aquae pluviae arcendae* (Cic. Top. 9.39 – L. 21 D. 40.1), *familiae erciscundae* (L. 1. D. 10.2) Si tratta di situazioni nelle quali alle parti è impossibile la scommessa; in questi casi il giudice non doveva solo avere la facoltà di dichiarare il diritto ma anche quella di accertare, di porre limitie stabilire le prestazioni. Questo è l'ufficio dell'*arbiter*.

L'uso promiscuo dei termini *iudex/arbiter* appare giustificato laddove lo si interpreti nel senso che entrambi accertano un fatto ed emettono un *iudicium*: dunque anche l'*arbiter* è un giudice¹⁰⁹. A quanto consta, però, gli studi fin qui condotti sulla figura dell'arbitro, pur così approfonditi e minuziosi soprattutto quando si tratta di ricercare l'etimologia del termine, si arrestano di fronte alla considerazione già vista di una possibile maggiore discrezionalità nell'assumere la decisione.

In assenza di specifiche fonti anche in questa sede ci si deve arrendere a non avanzare ipotesi che, poiché non fondate su testimonianze, rischierebbero di restare a livello di mera speculazione accademica. Se un contributo, però, si può dare, in questo caso, è certamente quello di porre almeno la questione senza glissare: maggiore discrezionalità implicava anche la necessità o almeno usualità di esplicitare le ragioni della decisione assunta?

Sugli epiloghi decisorii assunti dagli organi monocratici resta un secondo ultimo problema, destinato come il precedente, a rimanere senza soluzione.

Dato incontestabile è che compito del giudice sia quello di *dicere sententiam*; il punto controverso, tuttavia, resta quello di stabilire le modalità attraverso le quali adempia a questo compito: *sacramentum iustum iudicare*, infatti, è formula inadeguata al regime della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e a quello della *legis actio per condictioem*, cioè a procedure in cui è la diversa impostazione della lite a richiedere una pronuncia sul merito.¹¹⁰ Possibile che in questi casi l'organo giudicante, non ristretto dai vincoli del *sacramentum*, si sentisse più libero nel manifestare la sua decisione?

Sono quesiti destinati per ora a restare senza risposta ma che, credo, debbano essere tenuti presente anche quando relativamente ad altre questioni processuali ci si accosta alle fonti esistenti.

¹⁰⁹ Non vale, invece, il contrario: così G. PUGLIESE, *Procedura civile romana. II. Le legis actiones*, cit., p. 221.

¹¹⁰ In senso conforme si v. G. NOCERA, "*Reddere ius*". *Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma*, Roma, 1976, p. 192

Capitolo III

Tracce di motivazione della sentenza nel processo formulare

Sommario: 1. Cenni introduttivi. 2. Fonti letterarie. 2.a Il caso del Monte Celio. 2.b La vicenda di Titinio e Fannia. 2.c Gellio, giudice ragazzino. 3. Fonti giuridiche. 3.a La motivazione della sentenza e la definizione di *litus*. 3.b Fonti relative a *iudicia bonae fidei*. 3.c Fonti relative ad azioni di rivendica o *ad exhibendum*. 3.d La motivazione della sentenza in un frammento di Ulpiano (D. 44.2.11 pr.). 3.e La motivazione della sentenza in alcuni frammenti ulpiane in materia ereditaria.

1. Cenni introduttivi.

Il panorama delle fonti utilizzabili per una possibile configurazione dell'istituto della motivazione della sentenza appare, con riferimento al sistema procedurale formulare, certamente più incoraggiante di quanto non lo sia stato quello relativo alle *legis actiones*. Non meraviglia, pertanto, se, anche a livello di speculazione dottrinale, si rinvergono diversi contributi, spunto per una più articolata riflessione sul tema.¹¹¹

Prima di addentrarsi nell'esame delle testimonianze, appare opportuno richiamare – sia pure solo brevemente – quegli aspetti generali, relativi alla fisionomia del processo formulare, in particolare alla fase decisoria, che più di altri appaiono riflettersi o incidere sull'argomento che ci occupa.

Il processo formulare eredita da quello per *legis actiones* la struttura bifasica del giudizio (*in iure* e *apud iudicem*): la ventata di novità che aveva portato al sorgere di questa nuova procedura (essendo il formalismo della vecchia venuto in odio ai Romani)¹¹², investe tuttavia essenzialmente la fase *in iure*, mentre resta per lo più inalterata quella dinanzi al giudice privato. Sarebbe nondimeno frettoloso e certamente errato se si partisse da questa constatazione per affermare poi che agli epiloghi decisori del processo formulare si possono estendere tutte le conclusioni raggiunte in merito a quelli della procedura per *legis actiones*.

¹¹¹ Si rinvia per una disamina della letteratura al Cap. I, par. 2 del presente lavoro nei quali si è dato atto delle diverse posizioni emerse in dottrina nel corso dei secoli.

¹¹² Si legge in Gai. 4.30: *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt*.

Ed invero, i profondi mutamenti che concernono l'*iter* dinanzi al magistrato, sfocianti nella convenzione trilaterale da cui scaturiva di volta in volta la regola di giudizio (*formula iudicii*), si riverberano inevitabilmente anche sulla fase successiva. Basti pensare al diverso potere che il giudice esercita a seconda che si trattasse di *iudicia stricti iuris* o *bonae fidei*.

Lo spazio del quale godeva il giudice in questa fase trova riscontro anche nella sentenza? La struttura morfologica del *iudicium* consente all'organo giudicante di non limitarsi ad un mero *absolvo/condemno*? Il giudicato si estende anche ai motivi? Quanto incide sull'*officium iudicis* il timore di incorrere nel *litem suam facere*? Rispondere a queste domande vorrebbe dire riuscire a proiettare un fascio di luce anche sulla materia oggetto della presente ricerca. Con questo obiettivo, dunque, saranno esaminate le testimonianze pervenute.

Il dato normativo, ancora una volta, non appare confortante: nelle fonti non si riscontra alcuna disposizione che imponga un obbligo di motivare la sentenza.

Si tratta, però, questa volta, di una 'amara' constatazione che non ha impedito agli studiosi di indagare ancora sull'argomento e di sostenere la possibilità che, a prescindere dall'esistenza di precipui obblighi, il giudice non mancasse di indicare le ragioni che lo avevano condotto ad assumere una certa decisione. Non meraviglia, pertanto, che in dottrina si trovino diverse affermazioni in tal senso. Basti pensare alle tesi del Ronga, dello Scialoja o, ancora a quelle più recenti dello Scapini, del Marrone o dell'Aliste Santos, alle quali si è avuta occasione di fare riferimento in questo lavoro, in sede di censimento delle diverse posizioni della dottrina sul tema che ci occupa.¹¹³

Su quelle ipotesi e sulle diverse tesi sostenute occorre ora soffermarsi più approfonditamente, partendo, ovviamente dall'esame delle fonti alle quali la letteratura rinvia.

¹¹³ Per i riferimenti bibliografici e la completa disamina delle posizioni dottrinali si rinvia al cap. I, par. 2b e 2c.

2. Fonti letterarie.

Con riferimento alla procedura formulare, l'analisi del *modus sententiandi* dei giudici sembrerebbe far emergere l'uso di motivare le decisioni.

Questa la conclusione alla quale perviene parte della dottrina¹¹⁴ richiamando sia fonti letterarie che testimonianze più strettamente giuridiche, sulle quali di seguito ci soffermeremo.

2.a. Il caso del Monte Celio

Fra le prime va annoverato anzitutto quel passo tratto dal *de officiis* di Cicerone¹¹⁵ che, come si è già avuto modo di dire,¹¹⁶ riporta il caso della vendita di una *domus* sul monte Celio, alienata senza informare l'acquirente dell'esistenza di un ordine di demolizione impartito dagli auguri relativamente ad alcune parti dell'edificio. Dopo aver abbattuto la casa il compratore cita in giudizio il venditore ottenendone la condanna perché, come aveva motivato Catone - giudice della controversia - in occasione della vendita non aveva informato l'acquirente dell'ordine di demolizione.

Questa la narrazione dell'Arpinate:

Cic. de off. 3.16.67: *ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

Si è già avuto modo di richiamare l'opinione del Pugliese secondo il quale la pronuncia, sebbene non consenta di ripercorrere l'iter che aveva condotto il

¹¹⁴ Sulla quale si veda infra nel corso del presente capitolo

¹¹⁵ Cic. *de off.* 3.16.66-67

¹¹⁶ Si v. quanto riportato nel cap. II, par. 2.

giudice alla decisione, contiene, tuttavia, l'esplicitazione dei fatti determinanti ai fini della decisione¹¹⁷.

Sull'abbrivio di questa interpretazione, la vicenda del Monte Celio è invocata da diversi autori a supporto dell'esistenza di una prassi di motivare la sentenza: così il Visky¹¹⁸ sottolinea come essa rappresenti una breve spiegazione delle ragioni che avevano portato il giudice a quella decisione; lo Scapini¹¹⁹ rinviene nel resoconto ciceroniano l'esempio di una motivazione "molto stringata" che contribuirebbe a dare maggiore sostanza alla semplice risposta affermativa al *si paret*, in cui alla luce del dettato delle fonti giuridiche, sembrerebbe esaurirsi il contenuto della sentenza del giudice; ancora, il Murillo Villar¹²⁰ evidenzia come la pronuncia catoniana comprenda l'indicazione dei fatti decisivi, il che significa che non fosse del tutto priva di motivazione; il Marrone¹²¹ annovera la sentenza fra quelle in cui si va oltre la pura e semplice condanna o assoluzione e si manifestano le ragioni della decisione; l'Aliste Santos¹²² ritiene si tratti di decisione motivata perché in modo sintetico fa riferimento ai fatti sui quali si fonda la controversia; il Centola¹²³, infine, qualificando la testimonianza come maggiormente significativa rispetto alle altre oggetto di indagine da parte degli studiosi, sostiene che il caso esaminato rientri tra quelli nei quali il giudice poteva ritenere opportuno indicare le motivazioni alla base della propria decisione.

Quello che, alla luce di questo breve *excursus*, sembrava un risultato acquisito e sedimentato in dottrina, è stato, tuttavia di recente rimesso in discussione.

¹¹⁷ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, cit., p. 435.

¹¹⁸ K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, cit., p. 743 s.

¹¹⁹ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 235 s.

¹²⁰ A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit. p., 26.

¹²¹ M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano* p. 279 ed anche in *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, cit., p. 54.

¹²² T. J. ALISTE SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, cit. p. 24; negli stessi termini l'Autore si esprime in *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit. p. 44.

¹²³ D. A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, pp. 414 ss.

Il riferimento è ad un recente contributo della Biscotti¹²⁴ la quale, pur non contestando che la lettura del passo - nella versione punteggiata delle edizioni moderne - sia suggestivo rispetto all'ipotesi che i giudici fossero adusi ad indicare i motivi delle loro decisioni, ritiene che il ritorno ad un ipotetico originale possa mettere in discussione l'univocità delle conclusioni fino ad ora raggiunte. L'originale ricostruzione della studiosa parte da una riproposizione del testo non declinato secondo il modello '*per cola et commata*', ma secondo una versione la cui trascrizione prevede la sostituzione di una proposizione incidentale rispetto a quella dichiarativa tradizionalmente proposta; in altre parole, il tratto *cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere*, abitualmente virgolettato, si trasforma, per effetto della elisione delle virgolette e della loro sostituzione con semplici virgole, in una incidentale esplicativa seguita poi dalla principale. Ne deriva una lettura del testo in cui l'incidentale *cum in vendundo...* serve da supporto ad un obiettivo di Cicerone che trascende il caso concreto. L'oratore ambirebbe a persuadere sulla necessità di estendere la redibitoria anche all'*actio empti*; in altre parole, saremmo di fronte ad un costrutto argomentativo, funzionale a sollecitare il riconoscimento di una tutela al di fuori del contesto di competenza edilizia¹²⁵.

L'originale interpretazione prospettata dalla Biscotti che conduce verso una lettura 'teleologicamente orientata' del testo è fondata, come la stessa studiosa riconosce, su una 'ipotetica' versione originale. Se da un lato, questa base rappresenta il punto di forza dell'ipotesi in esame, dall'altro ne costituisce anche l'inesorabile limite: essa, infatti può certo valere a mettere in discussione le ricostruzioni precedenti, ma risulta poi affetta dallo stesso 'peccato originale' contestato a queste ultime: l'ipoteticità della formulazione, incentrata sulla punteggiatura, risulta tanto più incerta quanto più si consideri che a Roma non si conobbe l'attuale sistema di punteggiatura.

Di qui la necessità di proseguire nell'indagine.

Come si è già avuto modo di ricordare, le fonti in nostro possesso ci hanno tramandato anche un'altra testimonianza della questione del Monte Celio.

¹²⁴ B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, cit., pp. 30 ss.

¹²⁵ B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, cit., p. 31.

Narratore della vicenda è in questo caso Valerio Massimo¹²⁶ che nei suoi *Factorum et dictorum memorabilium libri*, così scrive:

Val. Max. fact. et dict. memorab. (8.2.1): *Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, summittere, quia his ex arce augurium capientibus officiebat, vendidit eam Calpurnio Lanario nec indicavit quod imperatum <a> collegio augurumerat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem inclityi Catonis patrem arbitrum ~ cum Claudio adduxit formulam, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnavit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei venditorem nec conmodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet.*

Gli autori che si sono occupati dell'episodio, non solo ai fini che qui rilevano, si sono limitati ad analizzare il passo di Cicerone e ad evidenziare la congruenza con quanto riportato da Valerio Massimo.

L'inedita esegesi della Biscotti impone che si proceda ad un raffronto fra i due resoconti, non prima, però, di aver premesso alcune considerazioni.

Va subito rilevato che, proprio con riferimento a questo specifico episodio del Monte Celio, già sul finire dell'ottocento il Kempf,¹²⁷ nella sua edizione

¹²⁶ Se la pluralità di fonti sulla vicenda può testimoniare l'ampia eco, la stessa, tuttavia non è in grado di svelare i motivi di tanto clamore; in particolare, non è dato sapere se l'interesse fosse determinato dalla notorietà dei soggetti coinvolti o proprio dal tenore della decisione adottata. L'importanza attribuita da Cicerone alla sentenza ha indotto a pensare che essa avesse fatto epoca. Rimarcano la novità della pronuncia: E.I. BEKKER, *Die Aktionen der römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871 (rist. Aalen 1970), p. 164; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, cit., p. 85; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Roma 1964 (rist. anast.), p. 107; O. BEHREND, *Les "veteres" et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in *RHD*. 55 (1977) p. 11 s.; H. HONSELL, *Von den aedilischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel*, Frankfurt am Main, 1984, 56 s.; CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, cit., p. 162, nt. 147. Sull'importanza della decisione e sul suo carattere fortemente innovativo si sofferma anche M. TALAMANCA, *La "bona fides" nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001, cur. L. Garofalo, cit., pp. 137 e 144 ss. Ritengono, invece, che la pronuncia sia espressione di un precedente indirizzato: H. KRELLER, *Rec. a Studi Arangio Ruiz*, in *ZSS*. 72 (1955) p. 428 s.; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, (rist. 1965), p., 654 s.; F. BONA, *Cicerone e i "libri iuris civilis" di Quinto Mucio Scevola*, cit., p. 217; ID., *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in AA.VV., *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, (Atti Pavia 1985), Padova, 1987, p. 143 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, cit. p. 62 e ivi nt. 91; M. MARRONE, *Su struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, cit., p. 280.

critica dell'opera di Valerio Massimo, notava che quest'ultimo aveva attinto il suo racconto dal *de officiis* di Cicerone e che un rinvio all'Arpinate si trova in genere riportato nelle edizioni moderne dei *Factorum et dictorum memorabilium libri*.

Questa constatazione, tuttavia, più che suggerire di arrendersi subito perché si può ben immaginare che fra i due resoconti non ci saranno differenze sostanziali, induce, invece, a ponderare analogie e differenze. Del resto, quella delle fonti alle quali attinge Valerio Massimo per la sua multiforme raccolta è questione tutt'altro che risolta ed anzi a tal punto spinosa che gli studi filologici condotti su Valerio Massimo, hanno finito con il concentrarsi prevalentemente su questo aspetto a discapito di altri studi.¹²⁸

¹²⁷ C. KEMPF, *Valerii Maximi Factorum et dictorum memorabilium libri novem*, Lipsiae, 1888, p. 375.

¹²⁸ In tal senso v. R. GUERRINI, *Studi su Valerio Massimo*, Pisa, 1981, pp. 11 ss.

Cic. de off. 3.16.67: *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiaturum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium quod nosset venditor.*

Val Max. Fact. et dict. memorab. 8.2.1: *Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, summittere, quia his ex arce augurium capientibus officiebat, vendidit eam Calpurnio Lanario nec indicavit quod imperatum <a> collegio augurumerat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem inclyti Catonis patrem arbitrum ~ cum Claudio adduxit formulam, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnavit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei venditorem nec commodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet.*

Dal raffronto di tipo esegetico-filologico tra i due testi il primo dato che emerge, alla luce dei rilievi preliminari appena fatti, è che il racconto di Valerio Massimo, pur senza ostentare la pedissequa riproposizione di moduli espressivi, segue nella sostanza la versione ciceroniana.

Interessante si rivela sul punto la Tavola delle corrispondenze tra i due testi proposta dal Bellissima¹²⁹ agli inizi del Novecento, che, meglio di qualunque altra descrizione, riesce a mettere in risalto il rapporto tra i due resoconti.

¹²⁹ G. B. BELLISSIMA, *La vendita della casa di Tiberio Claudio Centumalo in Cicerone e in Valerio Massimo. Nota di critica filologica*, Siena, 1916, p. 7.

Tavola delle corrispondenze

Cicerone	Valerio Massimo
<i>Iussisenteque T. Claudium Centumalum</i>	<i>Claudius Centumalus... iussus</i>
<i>qui aedes in Caelio monte habebat</i>	<i>domus suae, quam in Caelio monte habebat</i>
<i>quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona</i>	<i>quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona</i>
<i>M. Cato... (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus)</i>	<i>M. Porcium Catonem inclyto Catonis patrem</i>
<i>cum in vendendo ream eam scisset et non pronuntiasset</i>	<i>de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse</i>
<i>ad fidem bonam</i>	<i>bonae fidei</i>
<i>notum esse emptori vitium</i>	<i>nec incommodorum cognitionem obscurare</i>

A parte alcune scelte che appaiono marcatamente ‘linguistiche’, come ad esempio la costruzione della prima frase in forma attiva da parte di Cicerone ed in forma passiva ad opera di Valerio Massimo o, ancora, la sostituzione della parola *aedes* con il termine *domus*, va innanzitutto rimarcata la identità della *formula* riportata -segno evidente che la stessa era ormai ‘acquisita’.

L’elemento di differenziazione che emerge dalla valutazione comparativa dei testi risiede nella diversa cifra stilistica utilizzata dai due autori. La divergenza è intuitivamente spiegabile ove si consideri che l’opera complessiva nella quale i due resoconti sono inseriti: di stampo filosofico quella di Cicerone; di carattere più divulgativo quella di Valerio Massimo. Di qui una diversa tensione espositiva: più accademica quella del primo, più sintetica quella del secondo. In particolare, Valerio Massimo vuole narrare

storie, riportare *exempla*, trasformandoli in ‘fatti memorabili’: si spiega così l’esposizione succinta, l’utilizzo di un linguaggio meno ‘tecnico’ da un punto di vista giuridico ma in grado di fornire al lettore tutti gli elementi utili alla ricostruzione della vicenda, in generale, si comprende quello stile quasi disadorno ma efficace del resoconto di Valerio Massimo. Se l’obiettivo è quello di tramandare quanto di significativo ed emblematico è accaduto, allora non può non sottolinearsi che quell’espressione *cum in vendundo* usata da Cicerone, che “fa parte di una specie di citazione legale”¹³⁰, è addirittura rafforzata in Valerio Massimo che trova il modo di rimarcarla per ben due volte: non solo quando ricorda che Claudio fu edotto della questione ma anche quando si richiama al venditore di buona fede. La ripetizione sulle ragioni sottese alla decisione è in quest’ottica parte essenziale del fatto memorabile. L’insistenza sul punto fa pensare che esse più che derivate dalla solo ‘cronaca’ ciceroniana fossero attinte anche da altre fonti ‘ufficiali’ quale poteva appunto essere una sentenza.

2.b La vicenda di Titinio e Fannia

Dalle fonti letterarie traiamo un altro interessante spunto di riflessione: si tratta di un giudizio svoltosi innanzi a Caio Mario narratoci da Valerio Massimo nei *Factorum et dictorum memorabilium libri*.

Val Max. Fact. et dict. memorab. 8.2.3: *Multo animosius et ut militari spiritu dignum erat se in consimili genere iudicii C. Marius gessit: nam cum C. Titinius Minturnensis Fanniam uxorem, quam inpudicam de industria duxerat, eo crimine repudiatam dote spoliare conaretur, sumptus inter eos iudex in conspectu habita quaestione seductum Titinium monuit ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet. quod cum saepius frustra fecisset,*

¹³⁰ G. B. BELLISSIMA, *La vendita della casa di Tiberio Claudio Centumalo in Cicerone e in Valerio Massimo. Nota di critica filologica*, cit. p. 6 espunge dal testo ciceroniano la parola *vendidit*. Lo studioso sottolinea che questo “verbo vicino a *proscripsit*, diventa una specie di zeppa allorquando segua subito, come nel nostro passo, *emit*”, evidenziando anche che, nel richiamare la vendita di Centumalo, l’Arpinate riutilizza il termine *proscripsisse* in luogo di *vendidisse*. Il fatto che il verbo *vendere* ritorni ancora una volta alla fine della narrazione viene, appunto, giustificato dal Bellissima con la considerazione che tale vocabolo fa parte di una “specie di citazione giuridica, e però di formula per natura conservatrice”.

coactus ab eo sententiam pronuntiare mulierem inpudicitiae sestertio nummo, Titinium summa totius dotis damnauit, praefatus idcirco se hunc iudicandi modum secutum, cum liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem inpudicae coniugium expetisse.

Un certo Titinio, avendo preso in moglie una donna di nome Fannia, l'aveva ripudiata per immoralità e rifiutava di restituirle la dote. La soluzione della controversia, di cui Valerio Massimo tramanda un resoconto, è affidata al giudizio del celebre Mario che, compiuta l'istruttoria in presenza delle parti, suggerì, invano, a Titinio di desistere dalla lite e restituire la dote alla consorte (*ut incepto desisteret ac mulieri dotem redderet*). 'Costretto' ad emettere la sentenza, Mario condannò Fannia per offesa al pudore e Titinio alla restituzione della dote perché gli era parso che quest'ultimo aveva sposato Fannia, pur conoscendone l'impudicizia, proprio per appropriarsi della sua dote (*cum liqueret sibi Titinium patrimonio Fanniae insidias struentem inpudicae coniugium expetisse*).

Lasciati da parte i rilievi mossi dalla dottrina su taluni aspetti giuridici della vicenda¹³¹, lo Scapini¹³² si concentra sulla vicenda narrata, ritenendola rilevante ai fini del tema che ci occupa. Vi sarebbe, infatti, nella testimonianza un esplicito riferimento da parte del *iudex privatus* alle ragioni che lo avevano indotto ad assumere la sua statuizione.

Non può revocarsi in dubbio che dal racconto traspaiano le motivazioni della decisione presa; il problema, però, è quello di stabilire se le stesse siano state esplicitate nella sentenza o se ci si trovi di fronte ad una deduzione del narratore.

Lo stato delle fonti, benchè non consenta di dare una risposta certa, permette tuttavia qualche ulteriore considerazione. Come nel caso precedentemente esaminato, anche stavolta la notizia del processo ci è giunta

¹³¹ Nell'episodio si è voluta intravedere una *actio rei uxoriae* esperita da Fannia o, ancora un *iudicium de moribus* ovvero una *retentio propter mores* delle quali si sarebbe fatto promotore il marito: sul punto si v. *ex multis* S. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello, 1899, p. 365; A. WATSON, *Law of persons*, p. 68; G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Roma, 1975, p. 314.

¹³² N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 237 che per l'esame delle altre questioni rinvia a P. BONFANTE, *Diritto di famiglia*, Roma, 1925, p. 345 ss.

anche attraverso un altro – per così dire – canale, e precisamente per il tramite dell'opera di Plutarco.

Plutarco *Vita di Mario* 38: [3] ὁμῶς δὲ βουλευσασθαι πρότερον ἐδόκει τοῖς ἄρχουσι καὶ κατατίθενται τὸν Μάριον εἰς οἰκίαν Φαννίας γυναικὸς οὐκ εὐμενῶς δοκούσης ἔχειν πρὸς αὐτὸν ἐξ αἰτίας παλαιᾶς.

ἦν γὰρ ἀνὴρ τῇ Φαννίᾳ Τιτίνιος· τούτου διαστᾶσα τὴν φερνὴν ἀπῆτει λαμπρὰν οὖσαν. ὁ δὲ μοιχείαν ἐνεκάλει· καὶ γίνεται Μάριος ὑπατεύων τὸ ἕκτον δικαστής, [4] ἐπεὶ δὲ τῆς δίκης λεγομένης ἐφαίνετο καὶ τὴν Φαννίαν ἀκόλαστον γεγενῆσθαι καὶ τὸν ἄνδρα τοιαύτην εἰδότα λαβεῖν καὶ συμβιῶσαι πολὺν χρόνον, ἀμφοτέρους δυσχεράνας τὸν μὲν ἄνδρα τὴν φερνὴν ἐκέλευσεν ἀποδοῦναι, τῆς δὲ γυναικὸς ἀτιμίας ἕνεκα τῇ καταδίκη χαλκοῦς τέσσαρας προσετίμησεν.[5] οὐ μὴν ἢ γε Φαννία τότε πάθος γυναικὸς ἡδικομένης ἔλαβεν, ἀλλ' ὥς εἶδε τὸν Μάριον, πορρωτάτῳ γενομένη τοῦ μνησικακεῖν, ἐκ τῶν παρόντων ἐπεμελεῖτο καὶ παρεθάρρυνεν αὐτόν, ὁ δὲ κάκειν ἐπῆναι καὶ θαρρεῖν ἔφασκε· σημεῖον γὰρ αὐτῷ γεγενῆσθαι χρηστόν. ἦν δὲ τοιοῦτον. ὥς ἀγόμενος πρὸς τῇ οἰκίᾳ τῆς Φαννίας ἐγεγόνει, τῶν θυρῶν ἀνοιχθεῖσιν ὄνος ἔνδοθεν ἐχώρει δρόμῳ, πτόμενος ἀπὸ κρήνης ἐγγὺς ἀπορρεούσης· [6] προσβλέψας δὲ τῷ Μαρίῳ λαμυρόν τι καὶ γεγηθὸς ἔστη πρῶτον ἐναντίον, εἶτα φωνὴν ἀφῆκε λαμπρὰν καὶ παρεσκίρτησε παρ' αὐτὸν ὑπὸ γαυρότητος. ἐξ οὗ συμβαλὼν ὁ Μάριος ἔφασκεν ὥς διὰ θαλάσσης αὐτῷ μᾶλλον ἢ διὰ γῆς ὑποδείκνυσιν σωτηρίαν τὸ δαιμόνιον τὸν γὰρ ὄνον οὐ προσέχοντα τῇ ξηρᾷ τροφῇ πρὸς τὸ ὕδωρ ἀπ' αὐτοῦ τραπέσθαι. ταῦτα διαλεχθεὶς τῇ Φαννίᾳ καθ' αὐτὸν ἀνεπαύετο, τὴν θύραν τοῦ δωματίου προσθεῖναι κελεύσας.

Il primo elemento che emerge da una valutazione comparativa dei due resoconti è la parziale diversità tra la versione fornita dal biografo greco e quella tramandataci da Valerio Massimo. Va subito rilevato che in Plutarco la narrazione della storia è proposta quasi in via incidentale. L'occasione della digressione è offerta dalla descrizione delle vicende occorse a Mario subito dopo la sua cattura a Minturno¹³³, quando, in attesa della decisione sulle sue sorti, i magistrati decidono di affidarlo a Fannia, cioè proprio a quella donna che lo stesso Mario, in qualità di giudice, aveva avuto occasione di

¹³³ χρόνου δὲ οὐ πολλοῦ διαγενομένου ψόφος αὐτῷ καὶ θόρυβος ἀπὸ τῆς καλύβης προσέπεσεν. ὁ γὰρ Γεμίσιος· ἐκ Ταρρακίνης ἐπεμψε πολλοὺς ἐπὶ τὴν δῖωξιν, ὧν ἔνιοι κατὰ τύχην ἐκεῖ προσελθόντες ἐξεφόβουν καὶ κατεβόων τοῦ γέροντος ὥς ὑποδεδεγμένου καὶ κατακρυβόντος πολέμιον Ῥωμαίων. [2] ἐξαναστὰς οὖν ὁ Μάριος καὶ ἀποδυσάμενος καθῆκεν ἑαυτὸν εἰς τὴν λίμνην ὕδωρ παχὺ καὶ τελματῶδες ἔχουσαν. ὅθεν οὐ διέλαθε τοὺς ζητοῦντας, ἀλλ' ἀνασπασθεὶς βορβόρου κατάπλεως γυμνὸς εἰς Μιντούρνας ἀνήχθη καὶ παρεδόθη τοῖς ἄρχουσιν. ἦν γὰρ εἰς ἅπασαν ἤδη πόλιν ἐξηνηγεμένον παράγγελμα περὶ τοῦ Μαρίου δημοσίᾳ διώκειν καὶ κτείνειν τοὺς λαβόντας.

condannare nella causa contro il marito. A differenza di quanto narrato da Valerio Massimo, nella versione greca sarebbe stata la donna a separarsi dal marito Titinio e a chiedere la restituzione della cospicua dote, mentre il consorte si difendeva accusandola di adulterio.¹³⁴ Benchè divergenti su alcuni aspetti, i due resoconti appaiono – ed è quel che qui interessa – coincidenti in merito alla sentenza. Anche in Plutarco, infatti, si legge che dal processo emerse da un lato che Fannia era stata una donna poco onesta e, dall'altro, che Titinio, pur sapendolo, l'avesse comunque presa in moglie, rimanendo a lungo con lei. Rimasto disgustato da entrambi, Mario ordinò all'uomo di restituire la dote ed impose a Fannia il pagamento di un'ammenda.

La divergenza tra la vicenda narrata da Valerio Massimo e quella riportata da Plutarco potrebbe essere un indizio per sostenere che il biografo greco abbia tratto notizia del giudizio da una fonte diversa rispetto a quella dalla quale ha attinto Valerio Massimo¹³⁵ così come la circostanza che entrambi i resoconti convergano sul punto della decisione potrebbe essere un argomento per sostenere che quelle ragioni avevano trovato posto nella sentenza e non sono frutto di una deduzione del narratore. Si tratta, tuttavia di semplici ipotesi che da sole certamente non possono valere a suffragare la conclusione circa un uso, affermatosi nella prassi, nella prassi di motivare le sentenze.

2.c Gellio giudice 'ragazzino'

Resta da esaminare un'ultima fonte letteraria utilizzata dalla dottrina per dimostrare la tesi dell'usualità di motivare la sentenza nella procedura formulare.

Si tratta di un episodio riportato da Gellio nel XIV libro delle Notti Attiche, del quale si riportano solo gli stralci utili ai fini del discorso che ci occupa, rinviando per il resto del lungo testo alle note.

¹³⁴ Rileva la diversità dei due resoconti anche C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma, 2005, p. 700.

¹³⁵ Il biografo greco muore a Delfi intorno al 127 d.C.

Dopo aver dedicato l'*incipit* della narrazione alla descrizione dei doveri e dei compiti del giudice¹³⁶, Gellio, (N.A. 14.2.4-8) entra nel vivo della storia, raccontando di una controversia che lo vede intervenire nella veste di giudice.

IV. Petebatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque, sed qui petebat neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur. V. Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatissimae, multaque et inlustria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; VI. illum autem unde petebatur hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordida convictumque volgo in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. VII. Is tamen cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latione, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione; VIII. ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se sane oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.

.....

XXIV. Hoc quidem mihi tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit. XXV. Sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer; ut absolverem tamen inducere in animum non quivi et propterea iuravi, mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum.

Il processo è intentato per ottenere la restituzione di un prestito. L'attore, galantuomo (*bonus vir*), di notoria *fides* e vita irreprensibile (*vitae inculpatissimae*) non è in grado di fornire una prova del credito *neque tabulis neque testibus*, ed anzi, si rifà ad argomentazioni poco convincenti (*argumentis admodum exilibus*). Il convenuto, noto per essere uomo dalla vita turpe e sordida (*vitaque turpi et sordida*), si difende asserendo che la controparte non è riuscita a provare la sua domanda *consuetis modis*: registrazione della spesa, esibizione dei registri e così via. In mancanza di

¹³⁶ N.A. 14.2: *Quem in modum disseruerit Favorinus consultus a me super officio iudicis. I. Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur "privata" susceperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisivi, ut homo adulescens a poetarum fabulis et a rhetorum epilogis ad iudicandas lites vocatus, rem iudiciariam, quoniam "vocis", ut dicitur, "vivae" penuria erat, ex "mutis", quod aiunt, "magistris" cognoscerem*

prove, invoca l'assoluzione perché oggetto del giudizio è solo la questione del credito mentre esula ogni valutazione *de moribus* dei contendenti (*rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus*).

Questa tesi viene condivisa da alcuni amici di Gellio, cooptati nel *consilium*, esperti e famosi nel Foro, perchè nessuna prova è stata offerta del trasferimento del denaro. Di qui il suggerimento di assolvere il convenuto. Gellio, tuttavia non si persuade ad assolvere. Sospeso il processo, viene chiesto un parere al filosofo Favorino di Arles; costui richiama la regola aurea attribuita da Catone ai *maiores* secondo la quale laddove non sia possibile risolvere una controversia *neque tabulis neque testis*, va fatto prevalere il *vir melior*; se entrambe le parti sono allo stesso modo oneste va data ragione al convenuto.¹³⁷

¹³⁷ IX. Tunc ibi amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumundique distrahentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absolvendus foret, quem acceperis pecuniam nulla probatione sollemni docebatur. X. Sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum. XI. Iussi igitur diem diffindi atque inde a subselliis pergo ire ad Favorinum philosophum, quem in eo tempore Romae plurimum sectabar, atque ei de causa ac de hominibus quae apud me dicta fuerant, uti res erat, narro omnia ac peto ut et ipsum illud in quo haerebam, et cetera etiam quae observanda mihi forent in officio iudicis, faceret me ut earum rerum essem prudentior. XII. Tum Favorinus religione illa cunctationis et sollicitudinis nostrae conprobata: "id quidem," inquit, super quo nunc deliberas, videri potest specie tenui parvaeque esse. Sed si de omni quoque officio iudicis praeire tibi me vis, nequaquam est vel loci huius vel temporis; XIII. est enim disceptatio ista multiugae et sinuosae quaestionis multaeque et anxiae cura et circumspicientia indigens. XIV. Namque, ut pauca tibi nunc quaestionum capita adtingam, iam omnium primum hoc de iudicis officio quaeritur: si iudex forte id sciat, super qua re apud eum litigatur, eaque res uni ei, priusquam agi coepta aut in iudicium deducta sit, ex alio quodam negotio casuve aliquo cognita liquido et comperta sit, neque id tamen in agenda causa probetur, oporteatne eum secundum ea quae sciens venit iudicare, an secundum ea quae aguntur? XV. Id etiam" inquit "quaeri solet, an deceat atque conveniat iudici causa iam cognita, si facultas esse videatur componendi negotii, officio paulisper iudicis dilato communis amicitiae et quasi pacificatoris partes recipere? XVI. Atque illud amplius ambigi ac dubitari scio, debeatne iudex inter cognoscendum ea quae dicto quaesitoque opus est dicere et quaerere, etiamsi cuius ea dici quaerique interest, neque dicat neque postulet? Patrocinari enim prorsus hoc esse aiunt, non iudicare. XVII. "Praeter haec super ea quoque re dissentitur, an ex usu exque officio sit iudicis, rem causamque de qua cognoscit interlocutionibus suis ita exprimere consignareque, ut ante sententiae tempus, ex iis, quae apud eum in praesens confuse varieque dicuntur, proinde ut quoquo in loco ac tempore movetur, signa et indicia faciat motus atque sensus sui. XVIII. Nam qui iudices, inquit, acres atque celeres videntur, non aliter existimant rem qua de agitur, indagari comprehendique posse, nisi is qui iudicat crebris interrogationibus necessariisque interlocutionibus et suos sensus aperiat et litigantium deprehendat. XIX. Contra autem qui sedatiores et graviores putantur, negant iudicem debere ante sententiam, dum causa utrimque agitur, quotiens aliqua re proposita motus est, totiens significare quid

Acquisito il parere, pur condividendolo, Gellio rinuncia comunque ad emettere la sentenza, giurando *sibi non liquere*.

Non c'è dubbio alcuno che dal passo emergano, sotto il profilo processuale, prevalentemente questioni attinenti alla prova e alla astensione dal giudicare, sulle quali, non a caso, si trovano diversi contributi dottrinali.¹³⁸

Una lettura del tutto originale, che, a quanto consta, è rimasta isolata in dottrina, è offerta dallo Scapini¹³⁹. Lo studioso, ritiene che i dubbi e le perplessità di Gellio si possano spiegare proprio alla luce dell'esistenza di una prassi per il giudice di enunciare anche solo succintamente i motivi della sua decisione. Se così non fosse stato, infatti, "nulla avrebbe impedito ad Aulo Gellio di seguire il consiglio di Favorino". Da qui il passo per un'ulteriore conclusione è breve: la narrazione di Gellio varrebbe ad attestare che ragioni del tutto estranee alla struttura del processo formulare rendessero usuale nella prassi il ricorso a sentenze motivate: si tratta, ha cura di precisare lo studioso, di una ipotesi che non può essere scartata *a priori*, soprattutto se si considera la sentenza come mezzo per premunirsi contro le sanzioni contemplate a carico del *iudex qui litem suam fecit*.

sentiat. Eventurum enim aiunt, ut, quia pro varietate propositionum argumentorumque alius atque alius motus animi patiendus est, aliter atque aliter eadem in causa eodemque in tempore sentire et interloqui videantur. XX. "Sed de his", inquit, "et ceteris huiusmodi iudicialis officii tractatibus et nos posthac, cum erit otium, dicere, quid sentiamus, conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis, quae nuperrime legi, recensebimus. XXI. Quod autem ad pecuniam pertinet quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui in oratione quam Pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si quod inter duos actum est neque tabulis neque testibus planum fieri possit, tum apud iudicem qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esset quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi unde petitur crederetur ac secundum eum iudicaretur. XXII. In hac autem causa de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur deterrimus, et res est inter duos acta sine testibus. XXIII. Eas igitur et credas ei qui petit, condemnesque eum de quo petitur quoniam, sicuti dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est".

¹³⁸ Si v., fra gli altri, P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (a proposito di Gell. N.A. 14.2)*, in *Helikon* 1 (1961) p. 591; G. I. LUZZATTO, *In tema di origine del processo 'extra ordinem' (Lineamenti critici e ricostruttivi)*, in *Studi in onore E. Volterra*, Milano, 1969, p. 665 ss.; G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo "per formulas"*, in *RIDA*. III (1956), ora in *Scritti giuridici scelti*, I, Camerino, 1985, p. 243 ss.; J. PARICIO, *'Iurare sibi non liquere'*, in *Atti del II seminario romanistico Gardesano*, Milano, 1988, p. 413; G. POLARA, *'Iuravi mihi non liquere'*. *Autonomia del giudice e dovere di giudicare*, in ID. (a cura di), *La prova nel processo romano. Scritti vari*, Milano, 1997, pp. 159; M. L. ASTARITA, *La cultura nelle 'Noctes Atticae'*, Catania, 1993, pp. 133 ss.; A. D. MANFREDINI, *De ante acta vita*, in AA. VV., *Per il settantesimo compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, curr. L. DESANTI, P. FERRETTI, A. D. MANFREDINI, Milano, 2009, p. 292.

¹³⁹ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 241 s.

L'interpretazione dello Scapini, per quanto suggestiva, non persuade del tutto. Da una lettura complessiva della narrazione si evince infatti che appena nominato giudice dai pretori per la soluzione delle controversie private (... *a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata susciperem*), Gellio si diede a compulsare libri scritti in latino e in greco che trattassero del compito del giudice (*libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisivi*), perché, giovane com'era (*ut homo adulescens*), dovendo passare dalle favole dei poeti e dai discorsi dei retori alla decisione di controversie (*a poetarum fabulis et a rhetorum epilogs ad iudicandas lites vocatus rem iudiciariam*), potesse apprendere la scienza giuridica dai maestri 'muti' (*ex mutis, quod aiunt, magistris cognoscerem...*). Lo scrittore era ben consapevole delle difficoltà del compito che lo attendeva e della circostanza che la sua ampia cultura non poteva sopperire a quelle carenze sul piano giuridico che riconosceva di avere. Le difficoltà ad orientarsi in campo giuridico appaiono acuirsi nel caso sottoposto al suo esame perché le risultanze probatorie non erano riuscite ad avvalorare la pretesa dell'attore, uomo noto per la sua probità e correttezza. Gellio non esita a chiedere un parere al filosofo Favorino che lo persuade (*hoc quidem mihi, tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit*). Ciononostante egli decide di disattenderlo, preferendo astenersi dalla decisione. È lo stesso Gellio ad indicare i fattori che lo hanno spinto verso questa decisione: la questione gli appare troppo grande ed elevata e per la sua giovane età e mediocrità non appariva conveniente decidere e condannare in base ai costumi e non alle prove (*sed maius ego altiusque id esse existimavi, quam quod meae aetati et mediocritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae viderer*).

Alla luce di queste considerazioni non mi sembra si possa escludere *a priori* che l'astensione dalla decisione sia stata condizionata anche da altri fattori (e non solo dalla difficoltà di motivare la sua decisione). La lettura del *commentarius* lascia trasparire la presenza in Gellio di scrupoli dettati più che da ragioni di conoscenze legali da fattori di ordine etico e morale: dapprima l'impegno per la formazione di una struttura giuridica, poi il ricorso ai

supporti tecnici orali e solo alla fine la resa sulla quale pare pesare più che la preoccupazione di incorrere in sanzioni la inadeguatezza per un ruolo che si trova a ricoprire quando è ancora *homo adulescens*: un giudice ‘ragazzino’ che più che preoccupato di evitare sanzioni sembra avere il coraggio di autodenunciare la sua inadeguatezza alla funzione alla quale è chiamato.

3. Le fonti giuridiche

Le fonti giuridiche hanno offerto diversi spunti di riflessione, utili nella ricerca di una eventuale motivazione della sentenza resa nell’ambito di un giudizio formulare.

Si tratta di frammenti attinenti a questioni diverse che sfuggono ad un canone ordinatore univoco. Laddove possibile, esse saranno raggruppate secondo un criterio di affinità elettiva di volta in volta individuato.

3.a La motivazione della sentenza e la definizione di *litus*.

Una prima testimonianza, proficua ai fini del discorso che ci occupa, è tratta dal venticinquesimo libro dei *Digesta* celsini, a noi pervenuta in:

D. 50.16.96 pr. (Cel. 25 dig.) *Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit: idque Marcum Tullium aiunt, cum arbiter esset, primum constituisse.*

L’escerto può -a fini meramente descrittivi- essere diviso in due parti: la prima, contiene la nozione di *litus*; la seconda, invece, ne specifica la paternità.

Quanto alla definizione, va subito precisato che essa, tutt’altro che scontata, assumeva rilevanza perché idonea a condizionare il regime del lido

e, quindi, i limiti dell'*imperium populi romani*¹⁴⁰. A perimetrare la fattispecie giuridica è, secondo Celso, l'elemento naturale dell'estensione dei flutti: il *litus* arriva fin dove l'ondata massima riesca a giungere dal mare (*quousque maximus fluctus a mari pervenit*)¹⁴¹.

In merito alla paternità, invece, è bene precisare, che l'edizione del frammento sopra riportata è conforme alla lezione della Florentina che attribuisce a Cicerone, arbitro in una controversia, il primato nella elaborazione della nozione¹⁴². A voler seguire, invece, la correzione proposta da Mommsen nell'ed. *maior* dei Digesta la decisione sarebbe stata assunta da Aquilio Gallo e poi riportata dall'Arpinate (*idque Gallum Aquilium Marcus Tullius ait*)¹⁴³. Lo studioso tedesco basa la sua conclusione su un passo dei *Topica* in cui l'oratore, appunto, attribuisce la definizione ad Aquilio Gallo¹⁴⁴.

¹⁴⁰ In D. 43.8.3 pr. (Cel. 39 dig.) si legge che *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror*. Sul punto si v. L. FANIZZA, *Autorità e diritto: l'esempio di Augusto*, Roma, 2004, p. 14; Sui significati contenuti nella rubrica dei Digesta e sui relativi apporti giurisprudenziali e retorici: M. MARRONE *Le significaciones di D. 50.16 (de verborum significatione)*, in *SDHI*. 60 (1994), p. 594 poi in *Scritti giuridici*, cur. G. FALCONE, I, Palermo, 2003, p. 527 ove ulteriore bibliografia.

¹⁴¹ Il riferimento all'elemento naturale si ritrova anche nella definizione di Giavoleno, inserita nello stesso titolo dei Digesta: D. 50.16.112 (Iav. 11 ex Cassio), *Litus publicum est aetenus, qua maxime fluctus exaestuat*, e nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 2.1.3 *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*).

¹⁴² O. LENEL, *Pal.*, I, 159.208; U. MANTHE, *Die 'libri ex Cassio' der Iavolenus Priscus*, Berlin, 1982, p. 300 nt. 187 in cui ampi riferimenti bibliografici.

¹⁴³ R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, pp. 99 s. ritiene che sarebbe stato Aquilio Gallo il primo a formulare la celebre definizione di *litus maris* che Celso riferisce attribuendola a Cicerone. Precisa l'Autore che la lettura dei *Topica* consente di chiarire che la stessa era stata concepita dal suo autore in un'altra forma, in occasione di una richiesta formulata al giurista al fine di potersene valere in giudizio (*cum ageretur*). Con riferimento alla qualificazione del *litus* come *publicum* la dottrina si è a lungo interrogata sulla portata di tale aggettivazione. Non è questa la sede per riferire i termini di un dibattito molto vivace. Basti qui rinviare, a titolo meramente esemplificativo a: G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Annali Trieste*, 12, 1941, p. 217 s., secondo il quale in questo testo l'aggettivo assume solo il significato di ciò che 'è fuori dal patrimonio dei singoli' e non ha perciò a che vedere con la qualificazione di *litus* stesso come *res communis omnium* o *res publica*; si v. altresì B. BIONDI, *Condizione giuridica del mare e del 'litus maris'*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, p. 113 in cui lo studioso, valutando le implicazioni derivanti dalla qualifica di *litus* come *res publica*, specifica che "il *litus* ed il mare sono poi accostati alle *res publicae* non soltanto per la possibilità di una concessione statale, ma altresì in parte per gli affetti di tale concessione".

¹⁴⁴ Si tratta di Caio Aquilio Gallo, il giurista che Pomponio indica come colui che tra gli allievi di Mucio ebbe maggiore autorità: v. D. 1.2.42 (Pomp., *sing. enchir.*: *Mucii auditores fuerunt complures, sed praecipue auctoritatis Aquilius Gallus, Balbus Lucilius, Sextus Papirius, Gaius Iuventius: ex quibus Gallum maximae auctoritatis apud populum fuisse Servius dicit...*).

Cic. Top. 7.32: *Solebat igitur Aquilius, conlega et familiaris meus, cum de litoribus ageretur, quae omnia publica esse vultis, quaerentibus eis quos ad id pertineat, quid esset litus, ita definire, qua fluctus eluderet. Hoc est, quasi qui adulescentiam florem aetatis, senectutem occasum vitae velit definire.*

La cifra stilistica utilizzata da Aquilio Gallo nel fornire la definizione risulta, per effetto del richiamo alla metafora dell'età adolescenziale e senile, certamente più poetica di quella di Celso. Da un punto di vista giuridico, la qualificazione di *litus* come ciò che *fluctus eluderet*, sebbene non perfettamente coincidente con quella dei *Digesta*, non appare tuttavia con essa in contraddizione.

Non credo che l'attribuzione della paternità della definizione all'uno piuttosto che all'altro abbia ripercussione alcuna nell'ambito che ci occupa, valendo essa a stabilire solo se la definizione fosse giunta a Celso attraverso una tradizione retorica o giurisprudenziale¹⁴⁵.

Degna di rilievo, invece, in questa sede mi sembra la constatazione che la definizione trovi applicazione in una controversia, che inaugura una disciplina giuridica destinata a rimanere nel tempo, della quale Cicerone (o Aquilio Gallo) erano stati arbitri.

Siamo dunque di fronte ad un giudizio che l'intervento di un *arbiter* e la circostanza che la controversia riguardò la materia dei *litora maris*, alla quale la giurisprudenza adattava il testo editale dell'interdetto restitutorio '*ne quid in flumine publico ripave eius fiat*', inducono a riferire alla procedura formulare.

Resta solo da stabilire se ed in che modo il frammento celsino possa valere ad attestare l'esistenza di sentenze motivate. Una risposta è fornita dal Marrone¹⁴⁶: per lo studioso siciliano la definizione di *litus* rappresenta la *premessa per una pronuncia di condanna o assoluzione d'una delle parti nel procedimento che seguiva l'emanazione dell'interdetto (agere ex interdicto)*. In altre parole a fondamento della sentenza stava una nozione giuridicamente

¹⁴⁵ Sui canali attraverso i quali la notizia della decisione è pervenuta a Celso si v. L. FANIZZA, *Autorità e diritto: l'esempio di Augusto*, cit., p. 15 e F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, Padova, 1987, p. 144 nt. 96.

¹⁴⁶ M. MARRONE, *Su struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, cit., p. 280.

rilevante – nel caso di specie quella di *litus* – frutto di una precisa interpretazione che, se diversa, probabilmente avrebbe condotto a risultati opposti. Di qui la necessità di darne conto nella pronuncia.

L'argomentazione del Marrone appare convincente. Che la definizione di *litus* rappresentasse la premessa per una pronuncia credo sia indubitabile. Sia stato Cicerone o Aquilio Gallo compulsato *cum de litoribus ageretur* (ovvero per potersi avvalere dell'*opinio* in un giudizio), non importa: quello che conta è che la questione si inseriva in un dibattito più ampio sulla qualificazione del *litus* che aveva coinvolto diversi giuristi.¹⁴⁷ Richiamare questa definizione nella sentenza nella quale si decideva una controversia su di essa fondata appare in quest'ottica ancora più importante.

3.b Fonti relative a *iudicia bonae fidei*

Tra gli argomenti testuali, addotti a sostegno della prospettiva 'possibilista' sull'esistenza di sentenze motivate, meritano di essere segnalati alcuni frammenti dei Digesta relativi ad azioni di buona fede.

Che proprio questi giudizi potessero offrire spunti per l'argomento che ci occupa non desta meraviglia: le azioni in questione, infatti, come già accennato, erano quelle che consentivano all'organo giudicante ampi margini di discrezionalità. In questa sede occorre provare a verificare se di tale maggiore libertà restasse traccia in una sentenza più riccamente formulata.

Le testimonianze concernono tutte, come detto, *iudicia bonae fidei*. Siamo dunque di fronte ad *actiones in personam*, con *intentio incerta* in cui l'*oportere* del convenuto è stabilito dal giudice parametrandolo sul canone della buona fede. L'operazione di "taratura" è piuttosto complessa perché il

¹⁴⁷ M. PENTA, *Note su 'liber definitionum' (D. 50.16)*, in AA. VV., *'Fraterna munera', Studi in ricordo di L. Amirante*, Salerno, 1988, p. 383. Si v. pure V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica tra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 33, p. 122., secondo il quale Celso riporta nel passo le linee di un dibattito che nel II secolo d.C. aveva investito la giurisprudenza in merito alla configurazione giuridica dei *litora publica*.

giudice è chiamato a commisurare la condanna non al valore oggettivo della prestazione ma all'interesse dell'attore. Non meraviglia, pertanto, se relativamente a queste *actiones* si riscontri una copiosa *interpretatio prudentium* tesa all'elaborazione e alla istituzionalizzazione di una serie di direttive alle quali l'organo giudicante si sarebbe dovuto attenere. Fu proprio in questa attività che prese corpo e si definì, fra le altre, la fattispecie della compensazione che qui viene in rilievo.

D. 3.5.7.2 (Ulp. 10 ad ed.): *Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensiones, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est*¹⁴⁸.

D. 16.2.7.1 (Ulp. 28 ad ed.): *Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensionem, quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.*

D. 27.4.1.4 (Ulp. 36 ad ed.): *Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus. Quid ergo, si iudex compensationis ius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? Et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.*

¹⁴⁸ La classicità del passo è stata in diverse occasioni contestata. Cfr., fra i tanti, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1910, p. 140, con riferimento al tratto *quod si ... opponenda est*. B. BIONDI, *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*. 7 (1918), p. 41, e ID. *'Iudicia contraria'*, in *AUPA*. 7 (1918) p. 78 dove si precisa che l'interpolazione non è limitata alla chiosa finale *quia ... est*. S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Jovene, Napoli, 1950, p.16 ritiene sicura l'interpolazione di questa parte (perché il *quod si...* enuncia una limitazione incompatibile con il precedente "*quocumque modo*"; la parola "*pensiones*" appare logicamente ingiustificata ove si consideri che la compensazione da eseguire era una; in ogni caso essa è propria dello stile compilatorio; ancora ritiene sospetta anche la parola *examinatio* e, infine, rileva che si sarebbe dovuto dire *opponi potest* e non *opponenda est*.); G. PROVERA, *Linee generali di uno studio sui "iudicia contraria"*, in *SDHI*. 8 (1942) p. 114; Cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit., p. 222, per il quale gli indizi di rimaneggiamento sarebbero diversi. Le critiche interpolazionistiche derivano dalla considerazione che se il giudice, dopo averla valutata, avesse respinto l'istanza di compensazione, il *contrarium iudicium* sarebbe stato precluso dal giudicato. I rilievi sul frammento sorgono considerando che per i giuristi classici la preclusione alla riproposizione dell'azione derivava dalla *deductio in iudicium* e non dal giudicato mentre solo con la *cognitio extra ordinem* – avendo la *litis contestatio* perso ogni autonomo effetto estintivo – la preclusione venne ricollegata al giudicato.

I tre escerti considerano tutti delle fattispecie in cui il convenuto in giudizio oppone in compensazione un controcredito:¹⁴⁹ secondo la dottrina maggioritaria il primo caso riguarderebbe un'*actio negotiorum gestorum*¹⁵⁰, il secondo un'*actio comodati*¹⁵¹ e l'ultimo un'*actio tutelae*.

Più precisamente nel primo si contempla l'ipotesi che l'istanza di compensazione, formulata dal convenuto, sia completamente ignorata dal giudice (*si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice*): resta salva in questo caso la possibilità di esperire un *contrarium iudicium* (quest'ultimo sarebbe precluso solo se l'istanza fosse disattesa dopo essere stata esaminata: avremmo, infatti, in questo caso un giudicato e,

¹⁴⁹ Cic. *de off.* 3.17.70 annovera l'*actio tutelae, pro socio, fiduciae, mandati, empi venditi e locati conducti*; Gai 4.62: *depositi, negotiorum gestio e rei uxoriae*. Non è menzionata da Gaio l'*actio comodati*. Nella definizione di questi rapporti il giudice doveva *ex fide bona* ricercare una soluzione e la giurisprudenza classica si adoperò per definire quanto la *bona fidei* imponesse al contegno delle parti. Nell'esteriorizzazione dei dettami dell'onestà nei rapporti di affari ed equità fu opera della *interpretatio prudentium* che prese corpo l'istituto della compensazione. Gai 4.61 e 63. Dai passi si evince che il giudice era libero di ammettere la compensazione.

¹⁵⁰ Così: M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit., p. 220. L'Autore riconosce che il frammento sia "fuori posto" (il pr. e il § 1 attengono alla responsabilità del gestore mentre il successivo § 3 concerne l'ipotesi in cui uno o più gestori abbia proibito al socio di amministrare). Ritiene, tuttavia, che il passo non sia stato inserito arbitrariamente dai compilatori ma che questi ultimi abbiano soppresso in sede di collazione una parte del commentario di Ulpiano, finendo con l'interrompere il nesso tra i diversi paragrafi. Riferisce all'*actio negotiorum* la testimonianza di Ulpiano anche G. SACCONI, *La "pluris petitio" nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Giuffrè, Milano, 1977, p. 165. Anche secondo A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini, azioni*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 200, l'azione che Ulpiano considera nel frammento sarebbe quella *negotiorum gestorum*. Tale conclusione sarebbe ricavabile, pur nell'assenza di un esplicito riferimento all'istituto o di elementi utili per un più precisa determinazione della fattispecie considerata, dalla derivazione del frammento dal decimo libro del commentario ulpiano *ad edictum*. Diversamente il Provera secondo il quale l'azione del gestore per il rimborso delle spese sarebbe stata denominata dai classici *actio negotiorum gestorum* e non *iudicium contrarium*. Ne deriverebbe l'estraneità del testo alla materia della *negotiorum gestio*: G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, pp. 72 ss.

¹⁵¹ Riferisce il testo all'*agere cum compensatione*, fra gli altri, O. LENEL, *Pal.*, II, 585.813; altra parte della dottrina, invece, ritiene che il frammento tratti di un'*actio comodati*: si v. *ex multis* M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, cit., p. 226, che rileva come la maggior parte del diciottesimo commentario *ad edictum* di Ulpiano - da cui l'escerto è estratto - trattasse del comodato. Inoltre, sostiene lo studioso, il giudice era libero di scegliere se tener conto o meno dei controcrediti opposti in compensazione. Siffatta libertà era, tuttavia, riconosciuta nei *iudicia bonae fidei* e non sarebbe stata ammissibile nell'*agere cum compensatione* dell'*argentarius* (nel qual caso il giudice avrebbe dovuto tener conto dei controcrediti); si v. altresì G. SACCONI, *La "pluris petitio" nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, cit., p. 166.

conseguentemente, la possibilità di vedersi opporre una *exceptio rei iudicatae*).

Di tenore sostanzialmente simile anche la successiva testimonianza. Anche qui si stabilisce che se la compensazione non è presa in considerazione dal giudice (*si rationem compensationis iudex non habuerit*) resta integra la possibilità di proporre la domanda e non può essere opposta l'eccezione di giudicato; a diverse conclusioni deve invece pervenirsi se il giudice abbia ritenuto infondato il credito opposto in compensazione.

Nell'ultima fonte, invece, l'istanza di compensazione si innesta in un'*actio tutelae*: qui il convenuto è libero di decidere se far valere in compensazione le spese sostenute per il pupillo. Al riguardo Ulpiano chiarisce che se il giudice non le considera, il tutore può esperire un *contrarium iudicium* (*si iudex compensationis ius rationem non habuit an contrario iudicio experiri possit? Et utique possit*), precluso solo ove la domanda sia *reprobata*.

I tre frammenti confermano appieno quanto riporta Gaio nelle Istituzioni; il giurista, dopo aver proceduto all'enumerazione dei *iudicia bonae fidei* (Gai. 4.63), illustra l'operatività in essi della compensazione, specificando che il giudice è libero di prenderla in considerazione (*liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere*).

Rilevante ai nostri fini appare l'ipotesi che il giudice, ritenutele infondate, *reprobavit pensiones*, con conseguente preclusione per una eventuale riproposizione della domanda da parte del soccombente.

Trattandosi di giudizi con formula incerta ed essendo la condanna determinata sulla base dell'*id quod actoris interest*, l'indicazione del solo importo pecuniario nella sentenza sarebbe stato insufficiente a far desumere la presenza di una valutazione negativa del giudice circa la compensazione. Partendo da questa considerazione il Marrone¹⁵² evidenzia che se Ulpiano riferisce che il giudice '*reprobavit pensiones*' è evidente che si riferisce a sentenze dalle quali doveva emergere anche il giudizio relativo al controcredito; significativa appare allo studioso la circostanza che il giurista

¹⁵² M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza in diritto romano*, cit., p. 62.

abbia qui utilizzato la parola ‘*reprobavit*’ in luogo di *dicit, pronuntiat, iudicat*¹⁵³.

Le conclusioni del Marrone sono state di recente sottoposte ad una articolata critica da parte della Biscotti¹⁵⁴.

La studiosa rileva *in primis* che non è dato sapere con certezza se ci si trovi di fronte al contenuto di una sentenza concretamente pronunciata ovvero alla *opinio* del giurista.

Soprattutto, però, sottolinea che sui testi gravano forti sospetti di interpolazione, in particolare laddove dagli stessi traspare che la preclusione alla riproposizione della domanda sia ricollegata alla *res iudicata* e non - come ci si sarebbe dovuto aspettare per il periodo classico - alla *litis contestatio*. Secondo la studiosa, se si vogliono ricondurre le *quaestiones* affrontate nei testi al giudizio formulare si deve allora riconoscere che la pretesa delle parti era fotografata nella formula e la libertà che il *iudicum bonae fidei* lasciava al giudice di tenere conto o meno del credito opposto in compensazione avrebbe comportato soltanto che, laddove la pretesa non fosse stata considerata, la stessa non entrava a far parte dell’oggetto del giudizio; al contrario se il giudice l’avesse valutata, respingendola, essa inevitabilmente entrava a far parte dell’oggetto del giudizio, precludendo al convenuto la sua riproposizione. In quest’ottica, conclude la Biscotti, eventuali indicazioni sull’accoglimento o meno del controcredito opposto in compensazione possono derivare dalla *litiscontestatio* che affiancava la sentenza finale.

L’analisi della Biscotti rappresenta uno stimolo per un ulteriore approfondimento.

Il rilievo sulla riconduzione della preclusione processuale nel sistema della procedura formulare alla *litiscontestatio* non mi sembra dirimente. Del resto lo stesso Marrone nello studio condotto sull’effetto normativo della

¹⁵³ W. ROZWADOWSKI, *Studi sulla compensazione in diritto romano*, in *BIDR.* 81 (1978) p. 73 s., evidenzia che la formula non imponeva al giudice di regolare i conti fra le parti e che la compensazione veniva espressa soltanto nella sentenza. Il convenuto, nella fase del processo *apud iudicem*, si richiamava alla pretesa reciproca nata *ex eadem causa*, ed il giudice o teneva conto della difesa del convenuto, cosa che “risultava dalla sentenza”, o non ne teneva conto. L’Autore come ipotesi di sentenza in cui il giudice teneva conto della difesa del convenuto adduce D. 27.4.1.4. Non è ben chiaro, tuttavia, cosa intenda l’Autore quando scrive “risultava dalla sentenza”.

¹⁵⁴ B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza*, cit., pp. 39 ss..

sentenza elenca una serie di testimonianze di giuristi classici, relative a preclusioni scaturenti da pretese decise ma non contestate¹⁵⁵: in questo senso, ad esempio, D. 44.2.1.30 (Paul. 14 *quest.*), D. 3.3.40.2 (Ulp. 9 *ad ed.*). L'ipotesi che viene dunque avanzata con riferimento alle fattispecie in esame mi appare pienamente coerente con la posizione già assunta dallo studioso.

Condividere o meno questa posizione non credo serva a dipanare la matassa, lasciando insoluto il quesito se la maggiore discrezionalità della quale gode il giudice nelle azioni di buona fede lo induca, in sede di redazione della sentenza, a fornire qualche indicazione in più di un semplice *condemno/absolvo*.

Illuminanti mi sembrano sul punto le riflessioni del Guarino¹⁵⁶. Il carico di questioni che gravava sulle spalle dei giudici nei *iudicia bonae fidei*, induce l'illustre romanista a ritenere che questi ultimi non nascondessero nè potessero nascondere alle parti in causa il perchè delle loro decisioni. Ma vi è di più. Lo studioso, proprio con riferimento alle citate azioni, ricorda come la vivacità del dibattito e delle contestazioni svoltesi in giudizio non potesse non confluire in pareri "inevitabilmente nutriti di argomenti".

Quanto il Guarino asserisce in generale sulle sentenze dei *iudicia bonae fidei* credo possa valere anche con riferimento alle ipotesi contemplate nei frammenti in esame, dove la sete di conoscenza dei motivi aveva una ragione

¹⁵⁵ Ad avviso di M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano*, cit., p. 173, D. 3.5.2.7.2, D. 16.2.7.1 e D. 27.4.1.4 vengono analizzati per sottolineare come nei *iudicia bonae fidei* il giudice poteva tener conto dei controcrediti del convenuto, purchè sorgenti *ex eadem causa*, e, dopo averli eventualmente compensati con i crediti dell'attore, condannare il convenuto alla differenza. Laddove il giudice non avesse considerato le pretese del convenuto, costui avrebbe potuto agire per esse nei confronti dell'attore. Diverse le possibilità che si prospettano laddove il giudice consideri il controcredito. Se all'esito di questa valutazione, accoglie la richiesta del convenuto, è evidente che, essendo quest'ultimo soddisfatto nelle sue pretese, non potrà più agire contro l'attore. Se, invece, il Giudice, dopo aver esaminato l'istanza, non operi la compensazione perchè la ritiene infondata, non sarà possibile al convenuto agire in un separato giudizio: si vedrebbe opporre una *exceptio rei iudicatae*, perchè, sebbene quella pretesa non abbia trovato posto nella *litis contestatio* del precedente giudizio, su di essa è comunque caduto il giudicato del giudice che l'aveva ritenuta infondata. Ne deriva che la sentenza ha un effetto preclusivo rispetto a pretese precedentemente decise e non contestate. La *res iudicata* può avere un ambito più ampio rispetto a quello della *res in iudicium deducta*.

¹⁵⁶ A. GUARINO, *Spigolature romanistiche. 2. Gli argomenti del giudice*, in *Trucioli di bottega*, IV, Napoli, 2000, ora in A. GUARINO, *Trucioli di bottega. Dodici coacervoli*, cit., p. 114.

in più per essere soddisfatta: quella di consentire o meno la riproponibilità di una successiva azione.

3.c Fonti relative ad azioni di rivendica o *ad exhibendum*

Con riferimento alla procedura formulare le fonti, si è detto, si sono rivelate abbastanza generose. Ed invero, frammenti, relativi ad azioni di rivendica o *ad exhibendum*, sono stati utilizzati dalla dottrina per portare argomenti a supporto della “tesi possibilista”. Il riferimento è ancora una volta al contributo dedicato dal Marrone¹⁵⁷ all’argomento che ci occupa e dal quale sono tratte le segnalazioni dei frammenti che seguono.

L’ordine espositivo con cui sono stati riportati gli escerti non segue né quello dato loro dai compilatori in sede di collazione dei Digesta né quello poi riproposto anche dal Marrone nel suo lavoro. Mi è parso più efficace raggruppare le testimonianze secondo un’affinità elettiva, individuata, questa volta, sulla base del riferimento al tipo di azione esperita.

Questi i passi:

D. 20.1.3 pr. (Pap. 20 quaest.): *Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret <ex iure Quiritium>¹⁵⁸ aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti res in bonis eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse. sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Servianae neglecta de hereditate dicta sententia pignoris causam inspicere debebit. atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est, cum secundum eum, qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret: enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum nec tamen ab eo lis bene instituta¹⁵⁹.*

¹⁵⁷ M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, cit. p. 63.

¹⁵⁸ L’integrazione “ex iure Quiritium” è proposta da H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3pr*: “res iudicata” and full and bonitary ownership, in *Estudios Iglesias, III*, Madrid, 1988, p. 1123

¹⁵⁹ Il passo, seguendo il Lenel (O. LENEL, *Pal.*, I, 860.300), è collocato nel ventesimo libro della *Quaestiones*, sotto il titolo *De fideicommissis*. Lo stesso Lenel, però, giudica più probabile che il passo appartenesse al ventiseiesimo libro.

D. 44.2.17 (Gai. 30 ad ed prov.): *Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere...*

D. 44.2.18 (Ulp. 80 ad ed.): *Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat.*

D. 46.8.8. pr. (Venul. 15 stipulat.): *procurator ad exhibendum egit et adversarius absolutus est, quia non possidebat... Sabinus ait fideiussores non teneri, quoniam haec alia res est: nam et si dominus egisset, mox absoluto adversario quia non possideret, ex integro ageret, non obstaturam rei iudicatae exceptionem.*

D. 44.2.9. pr. (Ulp. 75 ad ed.): *... et putem, sive fuit iudicatum hereditatem meam esse, sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est...*

Prima di entrare in *medias res*, appare opportuno presentare, sia pure per sommi capi, le questioni trattate in ciascuno dei sei frammenti.

La prima testimonianza, quella di Papiniano, si riferisce al caso di un attore in un'azione di rivendica rimasto soccombente per non aver provato il suo diritto di proprietà (*quod suam non probaret*); il passo di Gaio, invece, attiene ad una richiesta, sempre in rivendica, disattesa perché il convenuto è riuscito a provare di aver cessato di possedere senza dolo (*quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere*). Il terzo ed il quarto escerto concernono entrambi una *actio ad exhibendum* in cui la ragione del rigetto della domanda risiede nel *quia non possidebat*. L'ultimo frammento, infine, attiene ad una *hereditatis petitio* respinta perché il convenuto non possiede (*quia non possidebat*).

Da una descrizione anche solo sommaria delle diverse fattispecie appare subito evidente come esse siano relative a decisioni giudiziali argomentate. Non sorprende, quindi, l'attenzione loro dedicata dagli studiosi che si sono occupati della nostra materia. A parte i giuristi medievali, che nelle loro riflessioni sull'obbligo di *exprimere causam in sententia*, non avevano mancato di soffermarsi su alcune di queste testimonianze,¹⁶⁰ sin dalle prime speculazioni dottrinali, non manca un richiamo ai passi in epigrafe riportati.

¹⁶⁰ Si rinvia sul punto a F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia*, cit., ove ampi riferimenti a manoscritti e alla letteratura.

In particolare il Savigny¹⁶¹ additava i frammenti 9, 17 e 18 del titolo *De exceptione rei iudicatae*¹⁶², come esempi di ipotesi in cui, per l'individuazione della sfera coperta dal giudicato (anche al fine di evitare poi una *exceptio rei iudicatae*) era necessario al giudice indicare i motivi - che lo studioso qualifica come oggettivi - della decisione. Agli stessi frammenti si riferirà poi anche il Peronaci¹⁶³, riprendendo la tesi del Savigny.

Sia in materia di rivendica che di *actio ad exhibendum*, le fonti sono state generose di ulteriori testimonianze: va al Marrone il merito di averle sottoposte all'attenzione della dottrina romanistica. Accanto ai passi di Gaio ed Ulpiano, lo studioso prende in considerazione anche alcuni frammenti di Papiniano e Venuleio: con riferimento a tutte queste ipotesi il Marrone¹⁶⁴ non nutre dubbi sulla circostanza che i giuristi abbiano pensato a sentenze motivate. In sostanza ritiene che la spiegazione degli epiloghi decisori non sia frutto dell'elaborazione del pensiero dei giureconsulti ma rappresenti il contenuto di sentenze che gli stessi stavano 'divulgando'.

È ancora una volta la Biscotti a levare una voce critica nei confronti di questa conclusione. La studiosa sottolinea che i passi sono il risultato delle speculazioni teoriche dei giureconsulti, la spinta alle quali poteva essere rappresentata tanto da un caso pratico sottoposto all'attività di consulenza quanto, come appunto nelle ipotesi in esame, da soluzioni giudiziali. In quest'ultimo caso, ai fini dell'esercizio della loro funzione, non era necessario che le sentenze fossero motivate, potendo i giureconsulti trarre argomenti dall'insieme dell'attività processuale¹⁶⁵.

Se ci si limitasse a valutare il *modus operandi* dei giureconsulti, forse ci si dovrebbe arrendere di fronte ai rilievi critici della Biscotti. Dall'esame delle specifiche ipotesi contemplate nei frammenti, però, sembra emergere un *quid pluris*, un elemento che consente di andare al di là della mera

¹⁶¹ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, cit. pp. 395 ss.

¹⁶² Ovvero D. 44.2

¹⁶³ E. PERONACI, *La motivazione della sentenza e la sua efficacia giuridica (Brevi note di diritto giudiziario civile)*, cit., p. 5.

¹⁶⁴ M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, cit. p. 63.

¹⁶⁵ B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, cit., pp. 41 ss. La studiosa ha, fra l'altro, cura di aggiungere che neppure la cittadinanza, alla luce del contesto socio-culturale dell'epoca, in assenza di uno specifico vantaggio od opportunità, aveva necessità che le sentenze fossero motivate.

speculazione (anche accademica) dei giureconsulti e che è destinato ad avere grande rilevanza nella pratica. L'esplicitazione della *ratio decidendi*, a ben guardare, nei casi esaminati può valere ad impedire che si consumi un'ingiustizia che potrebbe scaturire dall'astuzia o scaltrezza del convenuto. Immaginiamo, infatti, che quest'ultimo, dopo la pronuncia di assoluzione, consegua il possesso della *res* e che, pertanto, l'attore decida di agire nuovamente in giudizio nei suoi confronti. Se, in qualche modo o da qualche parte, non risultasse la specificazione del motivo (mancanza del possesso) che ha determinato l'esito della precedente causa, l'attore rischierebbe di veder paralizzata la sua pretesa da una *exceptio rei iudicatae*. L'*exprimere causam in sententia*, per dirla con i medievisti, varrebbe allora ad evitare in questo caso che per il rigore formale di una norma processuale venga travolto anche il riconoscimento di un legittimo diritto sostanziale¹⁶⁶.

3.d La motivazione della sentenza in un frammento di Ulpiano (D. 44.2.11 pr.).

Nell'esaminare le diverse fonti in nostro possesso e la relativa letteratura nel corso di questo lavoro, si è avuto più volte modo di fare riferimento alla posizione critica della Biscotti che nel suo recentissimo lavoro sull'argomento si mostra scettica rispetto alla tesi della usualità o, comunque, possibilità che le sentenze formulari fossero corredate di motivazione. È ora, però, giunto il momento di chiarire che le perplessità della studiosa si attagliano essenzialmente sulla debolezza e non univocità dell'interpretazione dei passi di volta in volta presi in considerazione ai fini che ci occupano, giungendo, pertanto, solo in via mediata a criticare la "tesi possibilista".

La stessa Biscotti, tuttavia, prosegue nell'esame della questione, sottoponendo all'attenzione degli studiosi un frammento di Ulpiano,

¹⁶⁶ F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia*, cit. p. 23, ove ampia letteratura.

considerato fortemente indicativo dell'esistenza – almeno ai tempi del giureconsulto – di una “prassi motivazionale”.

Il caso che viene in rilievo attiene alla materia ereditaria ed è riportato in

D. 44.2.11 pr. (Ulp. 75 ad ed.): *Si mater filii impuberis defuncti ex senatus consulto bona vindicaverit idcirco, quia putabat rupto patris eius testamento neminem esse substitutum, victaque fuerit, quia testamentum patris ruptum non erat, postea autem apertis pupillaribus tabulis apparuit non esse ei substitutum: si peteret rursus hereditatem, obstaturam exceptionem rei iudicatae Neratius ait. ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito: sed ex causa succurrendum erit ei, quae unam tantum causam egit rupti testamenti*¹⁶⁷.

La madre di un impubere defunto rivendica ex Sc. Tertulliano¹⁶⁸ i beni ereditari; la donna esperisce una *hereditatis petitio* ritenendo che il testamento del *pater familias* sia *ruptum* e, pertanto, che non vi siano *tabulae pupillares* valide ai fini di una eventuale *substitutio pupillaris*. Da qui la legittimazione della donna – in quanto successibile *ab intestato* – ad esercitare l'azione. L'esito del giudizio risulta a lei sfavorevole “*quia testamentum patris ruptum non erat*”. Ritenuto valido il testamento una volta aperte le *tabulae pupillares*, tuttavia, non risulta la nomina di alcun sostituto. Dal punto di vista del diritto sostanziale, dunque, la donna avrebbe diritto all'eredità; sotto il profilo processuale, tuttavia, l'azione risulta consumata. Ne deriva, come afferma Nerazio, che, se la donna avesse intentato di nuovo un giudizio, si sarebbe vista legittimamente opporre una *exceptio rei iudicatae*. Pur condividendo la posizione neraziana da un punto di vista giuridico (*ego exceptionem obesse ei rei iudicatae non dubito*), Ulpiano se ne discosta sotto il profilo sostanziale proponendo di andare in soccorso della donna che *quae unam tantum causam egit rupti testamenti*.

¹⁶⁷ La genuinità del testo è messa in dubbio soprattutto con riferimento all'ultima frase. Si v. sul punto A. GUARNIERI CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della 'res iudicata'*, in *BIDR.* 33 (1923) p. 206, nt. 6 e G. BESELER, *Romanistische Studien. Agere adiecta causa*, in *ZSS.* 50 (1930), p. 71. Contra, però, P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, p. 239 e G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 196 s. nonchè, da ultimo, B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, cit., p. 45 s.

¹⁶⁸ Il Sc. *Tertullianum* del II sec. d.C. provvede, com'è noto, ad assicurare la successione della madre ai figli

La chiosa di Ulpiano è posta dalla Biscotti a fondamento di alcune riflessioni sul tema della motivazione della sentenza¹⁶⁹.

La ‘sgradevolezza sintattica’ dell’affermazione ulpiana¹⁷⁰ riacquista, secondo la studiosa, un suo eufonico significato, dividendo la frase in due segmenti: il primo che circoscrive la volontà di agire (*unam tantam causam*), il secondo che specifica l’oggetto del contendere: questo artificio consentirebbe ad Ulpiano di circoscrivere, pur restando nell’ambito di una *hereditatis petitio*, la volontà di agire al solo rilievo che il testamento sia invalido. Certo, l’individuazione dell’oggetto (ai fini degli effetti preclusivi del giudicato) potrebbe emergere dalla *litiscontestatio* ma, secondo la Biscotti, il tenore del testo sembra suggerire l’idea che Ulpiano stesse pensando non alla formula ma alla sentenza con la quale il giudice aveva respinto l’azione, in cui era specificato *quia testamentum patris ruptum non erat*. Lo si evincerebbe dal modo in cui Ulpiano presenta la questione: l’insistere sulla corrispondenza tra presupposti della domanda e della sentenza, tra il *quia* della *vindicatio* (*testamentum ruptum*) e il *quia* della pronuncia sfavorevole (*testamentum non ruptum*), legati tra loro attraverso l’enclitica *-que* aggiunta alla parola *victa*, fa ritenere alla studiosa che il giureconsulto, nel proporre la sua soluzione, abbia pensato alla motivazione espressa nella sentenza.

La testimonianza di Ulpiano credo aggiunga un altro importante tassello al mosaico che si sta costruendo. L’esplicitazione della motivazione sembra, ancora una volta, come nelle ipotesi precedentemente esaminate, essere necessaria ad impedire che da un atto giusto (quale una pronuncia valida e, per giunta, corretta, resa all’esito di un giudizio regolarmente svoltosi) possa derivare un’ingiustizia alla quale non si può più porre rimedio. Sarebbe stata un’anomalia troppo grande nel sistema giudiziario dell’epoca perchè si

¹⁶⁹ Non rileva in questa sede stabilire se, da un punto di vista tecnico, dalla soluzione proposta Ulpiano facesse derivare poi una restitutio in integrum, fondata su un errore incolpevole e sulla circostanza che il *thema decidendum* della causa è limitato proprio dal presupposto (errato) rappresentato che il *testamentum* fosse *ruptum*.

¹⁷⁰ La studiosa sottolinea l’uso ripetuto a breve distanza del termine ‘*causa*’, per giunta in due accezioni diverse (la prima nel significato di ‘in relazione a quella circostanza’; la seconda nel senso di ‘causa giudiziale’ promossa), nonché la discontinua costruzione dell’ultima frase in cui il verbo (*egit*) separa il sostantivo (*unam tantum causam*) e il genitivo di specificazione (*rupti testamenti*).

perpretasse nel tempo senza che i Romani sentissero il bisogno di correggerla. Il motivo della mancanza di interventi ‘correttivi’ potrebbe essere proprio la circostanza che non ve ne fosse necessità, forse perchè la sentenza recava in sè tracce, spie, elementi tali da chiarire ogni dubbio.

3.e La motivazione della sentenza in alcuni frammenti in materia ereditaria.

Diversi testi, tutti concernenti la materia successoria, sono stati utilizzati dalla dottrina quali testimonianze di sentenze motivate. I passi sono escerpiti da diverse opere di Ulpiano e saranno di seguito indicati nell’ordine loro assegnatogli dal Marrone quando li ha esaminati a proposito dell’argomento che ci occupa.

D. 44.2.1 (Ulp. 2 ad ed.): *Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, vel legato agi potest, licet ruptum vel irritum aut non iustum dicatur testamentum: nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium libertati fit.*

D. 5.2.26 (Ulp. 8 disput.): *Si sub hac condicione fuerit heres institutus ‘si Stichum manumiserit’ et manumisisset, et posteaquam manumisit inofficiosum vel iniustum testamentum pronuntietur: aequum est huic quoque succurri, ut servi pretium a manumisso accipiat, ne frustra servum perdat*¹⁷¹

D. 11.1.11.8 (Ulp. 22 ad ed.): *Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus: nam et si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit, mox prolato testamento inventus sit exheredatus, aequissimum est succurri ei: et ita Celsus scribit, hic quidem et alia ratione, quod ea quae postea emergunt auxilio indigent: quid enim si occultae tabulae et remotae postea prolatae sunt? cur noceat ei, qui id responderit, quod in praesentiarum videbatur? idem dico et si qui heredem se responderit, mox falsum vel inofficiosum vel irritum testamentum fuerit pronuntiatum: non enim improbe respondit, sed scriptura ductus.*

D. 12.6.2.1 (Ulp. 16 ad Sab.): *Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur ...*

¹⁷¹ M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e ‘precedenti’ nel processo privato romano*, cit., p. 807 nt. 36.

Nam divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

L'ordine, diverso da quello dato dai compilatori in sede di raccolta dei *Digesta*, si spiega ove si consideri che solo il primo di questi frammenti attiene alla procedura formulare: lo stesso Marrone ha cura di precisarlo, senza tuttavia associare una procedura agli altri. L'adozione di questo criterio in questa sede, incoerente con la scelta sistematica del lavoro di trattare separatamente i diversi sistemi processuali, sta, soprattutto, nell'esigenza di evitare inutili ripetizioni.

È dunque la competenza *ratione materiae* a rappresentare il minimo comun denominatore che ne giustifica la trattazione unitaria. Si è cercato, comunque, di non tradire troppo il progetto iniziale, collocandoli nell'ultimo paragrafo del capitolo dedicato alla procedura formulare, in un ideale ponte con la successiva trattazione della *cognitio*, dove certamente alcuni avrebbero trovato posto.

In D. 44.2.1 Ulpiano esordisce ricordando una regola ricorrente nelle fonti romane¹⁷²: la cosa giudicata, diremmo oggi, fa stato tra le parti. Il principio è invocato per stabilire che la sentenza resa *inter alios* (evidentemente erede e legatario) che dichiara l'invalidità di un testamento non è opponibile ai servi manomessi *ex testamento*. Nel frammento successivo (D. 5.2.26), invece, si trova affermata, in sostanza, la seguente *opinio*: come si può chiedere la restituzione di quanto pagato in forza di un testamento dichiarato falso così è ammessa l'azione di ripetizione dei legati da parte dell'erede legittimo vincitore in una lite. La *quaestio* riportata nel terzo passo fa riferimento all'ipotesi in cui, interrogato *in iure* se sia erede del *pater*, un *filius* risponde in senso affermativo; si scopre, poi, però, che in un testamento successivo è stato diseredato. Celso,¹⁷³ per bocca di Ulpiano, ritiene che *aequissimum est succurri ei*. L'ultima testimonianza concerne il

¹⁷² Cfr. D.42.1.63, C. 7.56.2

¹⁷³ Giuvenzio Celso figlio - come precisa F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, p. 190 - fu una figura eminente tra i *prudentes* che operano nella prima metà del II secolo d.C. Membro del *consilium* di Adriano, il nostro Celso coprì più magistrature urbane, tenendo per la seconda volta il consolato nel 129 d.C., e fu governatore della Tracia e forse d'Asia.

caso in cui sia stato pagato qualcosa sulla base di un testamento, risultato poi falso, inofficioso, irritato, invalido, riconoscendo la possibilità di ripetere quanto dato.

Secondo il Marrone¹⁷⁴ in tutti questi passi Ulpiano faceva riferimento a sentenze in cui era specificato il tipo di invalidità che, di volta in volta, colpiva il testamento (*irritum, non iustum* e così via). La considerazione che dalla semplice declaratoria di accoglimento o rigetto non potesse emergere anche il tipo di invalidità non appare contestabile. Credo, tuttavia, che questo sia uno di quei casi in cui non emergono elementi univoci per poter affermare che si sia di fronte alla riproposizione fedele del contenuto della sentenza e non ad una *opinio* del giurista¹⁷⁵. Resta tuttavia forte la ‘suggerione’ nel lettore - stante l’uso di ‘*dicatur*’ ma, soprattutto, di *pronuntietur, pronuntiatum, iudicatum* - che si dovesse trattare dell’effettivo contenuto della pronuncia.

¹⁷⁴ M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, cit. pp. 60 s.

¹⁷⁵ In questo senso anche BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, cit., pp. 34 ss.

Capitolo IV

La motivazione della sentenza nella *cognitio extra ordinem*

Sommario: 1. Cenni introduttivi. 2. Un ragionamento *a contrario*. 3. Spunti di riflessione tratti dal quarantanovesimo libro dei *Digesta*. 3.a La motivazione della sentenza in D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 *de appellat.*). 3.b La motivazione della sentenza in D. 49.1.13.1 (Ulp. 2 *resp.*). 3.c La motivazione della sentenza in D. 49.5.6 (Macer 2 *de appell.*). 3.d La motivazione della sentenza in D. 49.8.1.1 (Macer 2 *de appell.*). 3.e La motivazione della sentenza in D. 49.8.1.2 (Macer 2 *de appell.*). 4. Le costituzioni imperiali. 4.a La motivazione della sentenza in C.7.64.2. 4.b. Due costituzioni di Valentiniano, Valente e Graziano. 4.c. La motivazione della sentenza in C. 7.45.3. 4.d La motivazione della sentenza nella *Constitutio properanda*. 4.e La motivazione della sentenza in C. 7.57.5. 4.f La motivazione della sentenza in C. 7.57.7. 5. La Novella 121.

1. Cenni introduttivi.

L'affermazione del sistema processuale della *cognitio extra ordinem*, che diviene l'unico esperibile a partire dal 342 d.C. per effetto di una costituzione degli imperatori Costanzo e Costante¹⁷⁶, comporta radicali novità che non possono non riverberarsi anche sulla sentenza.

Rispetto al sistema dell'*ordo*, assume maggiore pregnanza il ruolo del giudice-funzionario, chiamato ad istruire la causa oltre che ad emanare la

¹⁷⁶ Restituita in C. 2.57(58).1: *Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*. Sulla portata del provvedimento imperiale destinato al preside della Fenicia, si veda, fra i tanti, A. GUARINO, *Aucupatio syllabarum*, in *Mélanges en l'honneur de Cannata*, Genève, 1999, p. 167 ss., il quale – in linea con la ricostruzione di P. CUNEO, *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337-361)*, Milano, 1997, p. 90 s. – ritiene che “la costituzione del 342 non sia stata una costituzione ‘abolitiva’ del processo formulare o del formalismo antico, ma sia stata solo una costituzione ‘confermativa’ (con riferimento ad una richiesta proveniente dalla Fenicia) di un’evoluzione giuridica già in corso da tempo nella prassi”. Si è espressa in modo tendenzialmente analogo G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?*, in *RDR*, 1 (2001) 1 ss., spec. p. 7, la quale sostiene che “i compilatori abbiano estrapolato il testo di C.I. 2.57.1 da un più ampio provvedimento, non riferentesi al processo formulare, per porlo in grande evidenza e ricondurlo alla tematica processuale, mediante la rubrica appositamente confezionata, e ciò per esigenze interne alla codificazione o legate alla politica legislativa di Giustiniano”.

sentenza, ma soprattutto riveste particolare rilievo la circostanza che in presenza di epiloghi decisori, ritenuti erronei o ingiusti, si può chiedere ora un nuovo esame della questione e, dunque, l’emanazione di una nuova pronuncia, che prende il posto della precedente. Tutto ciò senza dimenticare che le sentenze del processo cognitorio (emanate da un organo fornito di pubblici poteri e, soprattutto, in nome dell’autorità imperiale) non sono più, come in precedenza, necessariamente limitate ad una somma di danaro, ma possono contenere anche una condanna *in ipsam rem*.

La prospettiva, dunque, cambia radicalmente e gli effetti del mutamento si fanno sentire anche relativamente all’argomento che ci occupa: aumenta, infatti, il numero delle fonti che recano tracce di sentenze dalle quali traspare anche l’affermazione del fondamento giustificativo del *decisum*.

Non a caso, alla luce di queste testimonianze, le ricerche sul nostro argomento sembrano convergere verso un unico risultato: l’idea che, pur in assenza di esplicito obbligo normativo, nella prassi le sentenze fossero motivate. Si tratta di un approdo al quale, tuttavia, si perviene sulla base di considerazioni e fonti diverse. Al loro esame si procederà nei prossimi paragrafi.

2. Il ragionamento *a contrario*.

Prima di addentrarsi nell’esame delle fonti addotte dalla dottrina a sostegno della tesi della presenza di sentenze motivate conviene subito sgombrare il campo dalle perplessità pure sollevate e scaturite da una lettura di un passo dei *Digesta*: D. 42.1.59 pr.

Nel frammento, ascrivibile alla *cognitio extra ordinem*¹⁷⁷, si legge:

¹⁷⁷ F. LA ROSA, *Actio iudicati*, Milano, 1963, p. 5 nt. 16, la quale rimarca che il frammento è estrapolato dall’opera di Ulpiano *de omnibus tribunalibus*, in cui si ritiene che non si faccia alcun cenno alla procedura ordinaria; si veda altresì BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, cit., p. 69 nt 152.

D. 42.1.59 pr. (Ulp. 4 de omn. trib.): *in summa sufficiet, si expresserit iudex summam in sententia solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit.*

Dal testo, secondo il Costa, si ricaverebbe che la sentenza non richiede l'osservanza di certe forme, né "corredo di motivazione"¹⁷⁸. L'affermazione dello studioso (alla quale nel corso di questo lavoro si è già avuto modo di fare cenno)¹⁷⁹ merita ora qualche ulteriore considerazione.

Va subito precisato che il romanista adotta lo schema espositivo - di stampo evidentemente manualistico - più volte in precedenza richiamato, in cui affermato il principio, ci si limita a rinviare ad una fonte senza null'altro aggiungere in merito ad essa.

La conclusione alla quale giunge lo studioso è giustificata alla luce dei principi generali: nell'*ordo iudiciorum privatorum* il contenuto della sentenza è modellato sulla *litiscontestatio* e fino a quando questa si concreta nella sfida al giuramento, la pronuncia del giudice si limita a valutarne la bontà; quando poi più tardi i termini della lite sono consacrati nella *formula* redatta dal magistrato, l'attività del giudice è a quest'ultima vincolata.

La tesi è tuttavia contestata dalla dottrina successiva perché rappresenta un ragionamento *a contrario*: di qui la cautela nell'accoglierla¹⁸⁰.

Del resto, e il rilievo mi sembra assorbente, nel frammento non trovano spazio neppure altri requisiti della pronuncia (ad esempio la lettura della sentenza fatta in presenza delle parti).

Mi sembra, dunque, che l'opinione del Costa non possa indurre ad arrestare la ricerca.

¹⁷⁸ E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, cit., p. 77

¹⁷⁹ Si rinvia al Cap. I, par. 2c.

¹⁸⁰ L. PIERACCINI, *La motivazione delle sentenze. (Saggio di storia della procedura)*, cit., 613; negli stessi termini anche E. PERONACI, *La motivazione della sentenza e la sua efficacia giuridica (Brevi note di diritto giudiziario civile)*, cit., p. 4.

3. Spunti di riflessione tratti dal quarantanovesimo libro dei *Digesta*.

Uno sguardo sul quarantanovesimo libro dei *Digesta* si è rivelato particolarmente proficuo ai fini del nostro lavoro: una serie di frammenti, sui quali si avrà modo di soffermarsi *funditus* nel corso di questo lavoro, si è rivelato terreno particolarmente fertile per il dibattito dottrinale¹⁸¹.

Appare, allora, opportuno procedere all'esame di questi testi, presentandoli seguendo l'ordine ad essi assegnato dai compilatori.

3.a La motivazione della sentenza in D. 49.1.3.3 (Ulp. 1 *de appellat.*).

Viene innanzitutto in rilievo un passo tratto dal primo libro *de appellationibus et relationibus* di Ulpiano, a noi pervenuto in:

D. 49.1.3.3: *Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? an vero quasi forma quadam obstrictus sit? puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.*

Il frammento ripropone uno schema espositivo caro ad Ulpiano, riscontrabile in diversi luoghi della sua opera, in forza del quale il giurista dà la propria opinione dopo aver accennato allo *status quaestionis* utilizzando la forma interrogativa¹⁸².

Ci si interpella qui sulla possibilità - pendente giudizio - di allegare nuove doglianze oltre a quelle già fatte valere con l'atto di impugnazione. Secondo l'insegnamento che si trae dal testo, l'attore può modificare le censure proposte o avanzarne di nuove¹⁸³ anche dopo la proposizione del

¹⁸¹ Il riferimento, in particolare, è a D. 49.1.3.3, D. 49.1.13.1, D. 49.5.6, D. 49.8.1.1 e D. 49.8.1.2, sui quali *infra*.

¹⁸² Su questa considerazione v. L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*. 54 (1988), p. 161. Se si esclude l'opinione del Kunkel -rimasta alquanto isolata in dottrina- che sospetta di corruzione il testo, ritenendolo una *paraphrase* compilatoria dell'originale (così anche W. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS*. 45 [1925] p. 316 nt. 2), gli studiosi moderni ne sostengono prevalentemente la classicità: cfr. a titolo meramente esemplificativo: R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, p. 75.

¹⁸³ N. SCAPINI, *Il ius novorum nell'appello civile romano*, Milano, 1978, p. 12, nt. 27, ritiene che il frammento faccia riferimento ad entrambe le possibilità, in quanto nella prima parte del testo si legge *discedere ab hac et aliam causam reddere* (così riportato dallo Scapini che usa *reddere* in luogo di *allegare*, indicato nel testo), mentre nella seconda troviamo scritto *etiam aliam causam provocationis reddere*.

gravame (*puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit*). In altri termini: l'enunciazione della *causa appellandi* non vale a delimitare definitivamente l'area di cognizione del giudice.

La testimonianza ha destato l'interesse della dottrina soprattutto relativamente alla questione dell'ammissibilità in sede di gravame di nuovi mezzi di prova.¹⁸⁴

Il testo, tuttavia, è stato di recente analizzato in una prospettiva diversa: la possibilità, riconosciuta da Ulpiano, di modificare le domande, anche attraverso l'aggiunta di nuove doglianze rispetto a quelle già fatte valere, implicherebbe, secondo questa visione, l'esistenza di una sentenza corredata di motivazione¹⁸⁵. Ed invero, si rimarca, ammettere che le censure non si limitino alla sola ingiustizia della pronuncia e riconoscere anche un *ius variandi* rispetto a quanto esposto nell'atto introduttivo del gravame, non avrebbe senso se non ci fosse un provvedimento articolato in maniera tale da consentire l'esercizio di questo diritto. Su cosa dovrebbero fondarsi le novità

¹⁸⁴ A dare la stura al dibattito dottrinale è l'utilizzo del binomio *quibuscumque modis*. Secondo N. SCAPINI, *Il ius novorum nell'appello civile romano*, cit., pp. 36 s., come detto, con il passo in esame, Ulpiano oltre ad ammettere la possibilità, interposta un'impugnazione, di *aliam causam provocationis reddere*, non nutrirebbe dubbi sul fatto che, poi, si possa sostenere l'appello con ogni possibile mezzo. Una volta riconosciuto il *ius variandi*, non avrebbe senso, secondo lo studioso, ammettere da un lato che si possa sostenere il gravame *quibuscumque modis* e, dall'altro, escludere l'allegazione di nuovi mezzi di prova a sostegno delle proprie pretese. Del resto, conclude lo Scapini, alla medesima conclusione si perviene, a prescindere dal testo di Ulpiano, guardando all'intero sistema processuale. Nella *cognitio extra ordinem*, all'epoca dei Severi (si v. sul punto TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 17, 1940, pp. 220 ss.), infatti, ai giudici, oltre ai poteri nella valutazione delle prove, era riconosciuta anche una partecipazione nella ricerca dei mezzi di prova, facoltà questa inconcepibile con la preclusione in sede di riesame all'assunzione di mezzi non dedotti nel precedente grado di giudizio. Di contrario avviso, invece, F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, pp. 26 e 375 nt. 7, secondo il quale l'endiadi è troppo generica per potervi riconoscere la possibilità di addurre nuovi mezzi istruttori: essa si limiterebbe a consentire il ricorso a mezzi argomentativi, reso necessario dal mutamento dei motivi di appello. La soluzione proposta nel testo da Ulpiano, rileva lo studioso, è introdotta da *puto tamen*: si tratterebbe, pertanto, di una opinione del giurista, in contrasto con quella soluzione contraria, verosimilmente elisa dai compilatori per far prevalere normativamente la tesi della modificabilità. Sulla portata dell'espressione "*puto tamen*" si rinvia a quanto di qui a breve si dirà nel testo.

¹⁸⁵ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 246.

in sede di impugnazione, alle quali allude il giureconsulto, se non sulla denuncia di ragioni sottese alla decisione ed inizialmente non rilevate?

Non si può non convenire con lo Scapini che difficilmente - a meno che non si limiti l'ambito dei vizi denunciabili a quelli di forma - avrebbe avuto senso prospettare la possibilità di modificare i motivi di appello di fronte ad una sentenza non motivata. Tuttavia, leggendo il frammento, resta il dubbio che esso manifesti una opinione personale del giurista su una questione controversa. La perplessità appare corroborata dal fatto che nel passo si utilizza il termine '*puto*' in luogo di un - pur possibile - '*constat*'.

L'esatta portata da attribuire a questo termine, in dottrina, è controverso. A fronte della tesi che ritiene che il giurista manifesti una propria opinione¹⁸⁶, sta l'ipotesi che il giureconsulto riproponga in questa sede i *decisa* della prassi del Tribunale del Prefetto del pretorio, dove, pure, aveva avuto modo di 'formarsi professionalmente'¹⁸⁷.

Nel mondo giuridico (e in quello giudiziario in particolare) la dialettica tra teoria e prassi è sempre vivacissima e non è agevole stabilire quanto dell'elaborazione teorica incida sull'applicazione concreta del diritto e quanto, viceversa, sia quest'ultima a condizionare la speculazione teorica. Le influenze sono sicuramente reciproche e, a volte, dalla complessità del confronto deriva un *unicum* all'interno del quale è impossibile riuscire a risalire alle originarie 'identità'.

Questa corrispondenza biunivoca, è noto, ha caratterizzato anche l'esperienza giuridica romana: di qui, pur condividendo che una pluralità di motivi di impugnazione implichi una sentenza argomentata, la necessità di non fermarsi all'esame di questa testimonianza e di ancorare a basi più solide la 'tesi possibilista'.

¹⁸⁶ In tal senso F. PERGAMI, *op. ult. cit.*, pp. 26 e 375 nt. 7.

¹⁸⁷ Così N. SCAPINI, *Il ius novorum nell'appello civile romano*, cit., pp. 12 s., secondo il quale, da un esame dell'opera ulpiana sull'appello, emerge come il giureconsulto, quantunque si avvalga di *puto* o *arbitror* per introdurre le risposte ai quesiti prospettatigli non è escluso che, considerata l'esperienza maturata nella veste di assessore del Prefetto del pretorio, presenti come proprie decisioni già assunte, nella prassi - appunto - del Tribunale del Prefetto del pretorio

3.b La motivazione della sentenza in D. 49.1.13.1 (Ulp. 2 resp.)

Seguendo il preannunciato ordine di sistemazione dei compilatori, la successiva testimonianza posta alla nostra attenzione è anch'essa di Ulpiano. Il passo, tra l'altro, contribuisce anche a fornire una chiave di lettura del precedente frammento nell'ottica che ci riguarda. Si legge in:

D. 49.1.13.1 (Ulp. 2 resp.): *Non solere improbari appellationem eorum, qui vel unam causam appellandi probabilem habuerunt.*

Dal responso si evince che non è solito essere respinto l'appello di coloro che hanno anche un solo motivo di impugnazione. Il primo dubbio che solleva il frammento riguarda l'individuazione del giudice competente per questa valutazione: ci si riferisce ad un accertamento preliminare sulla fondatezza dei motivi di gravame dinanzi al giudice *a quo* o, invece, siamo al cospetto del giudice *ad quem*? In sintonia con quanto sostenuto dalla dottrina dominante¹⁸⁸, lo Scapini¹⁸⁹ ritiene che il passepartout per l'appello debba essere rilasciato dal giudice rimettente. A rilevare in questa sede, tuttavia, è il merito della questione: la declaratoria di inammissibilità è preclusa quando anche soltanto uno dei motivi addotti sia *probabilis*. In altri termini, un appello privo di motivi o con motivi palesemente infondati è da *non recipere*. Il principio, chiaro nella sua enunciazione, induce ad interrogarsi sul tipo di attività che il giudice è chiamato a svolgere. È evidente, infatti, che una valutazione sulle *causae appellandi* inevitabilmente comporti anche un esame

¹⁸⁸ Secondo R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino, 1953, pag. 372, riferire il testo al dibattimento dinanzi al giudice *ad quem* porta all'enunciazione di un principio tanto banale quanto superfluo: è evidente, infatti, che in quella sede l'accoglimento anche di un solo motivo di appello non può che condurre alla riforma della sentenza impugnata; di qui la conclusione che esso attenga ad una fase dinanzi al giudice *a quo*, che non può rifiutarsi di *recipere appellationem* in presenza anche di una sola *causa appellandi* che appaia *probabilis*, cioè suscettibile di essere accolta in sede di gravame. Nel solco dell'Orestano si pongono M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 406 e nt. 66; F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo-impero*, cit., pag. 392; U. VINCENTI, *Ante sententiam appellari potest. Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano*, Padova, 1986, pag. 44, nt. 30, analizzando la costituzione di Costantino, contenuta in C.Th. 11.36.1 e relativa alle *appellationes moratoriae* o *frustratoriae*, ha occasione di richiamare quanto già previsto in età severiana (appunto in D. 49.1.13.1) in cui il giudice *a quo* non poteva dar corso ad appelli che non avessero *unam causam appellandi probabilem*.

¹⁸⁹ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 246.

delle stesse in relazione a ciò che ne rappresenta il *prius* logico: i motivi contenuti nel provvedimento impugnato. In assenza di questi ultimi l'unica ragione da far valere in sede di impugnazione resterebbe la denuncia che la sentenza è ingiusta: di qui, dunque, per il romanista¹⁹⁰, la conclusione circa l'usualità di motivare le pronunce.

Ancora una volta, dunque, - se non comprendo male il senso di quello che afferma lo Scapini - è la pluralità dei motivi di appello a rendere evidente l'usualità di argomentare le sentenze. In quest'ottica, dunque, mi sembra che la testimonianza ulpiana qui considerata, letta anche in combinato disposto con la precedente, riesca a portare qualche argomento in più alla tesi 'possibilista' circa l'esistenza nella prassi di dar conto, da parte del giudice, delle ragioni sottese alla decisione assunta.

Sia consentita, a questo punto, una deroga allo schema di presentazione delle fonti preannunciato, autorizzando il richiamo ad un passo delle *Pauli Sententiae*.

PS. 5.35.2: *Moratoriae appellationes et eas, quae ab exsecutoribus et confessis fiunt, recipi non placuit.*

Anche in questo frammento, come si è già avuto modo di vedere in D. 49.1.13.1, si fa riferimento alla fase preliminare del grado di appello, quella in cui si deve vagliare l'ammissibilità del gravame. Il giudizio, come visto, si svolge dinanzi al giudice *a quo*, i cui poteri di indagine vanno dalla verifica dell'esistenza dei presupposti per appellare (o, per dirla con l'Orestano, delle cause di improcedibilità)¹⁹¹ ad una valutazione che, in qualche modo, attiene anche al suo fondamento.

¹⁹⁰ N. SCAPINI, *op. ult. cit.*

¹⁹¹ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit. p. 373. Lo studioso prendendo a prestito uno schema caro alla dottrina amministrativista moderna, all'interno della categoria di improcedibilità, distingue tra cause di irricevibilità (nelle quali rientrano le ipotesi di mancanza di requisiti formali come ad esempio l'inosservanza dei termini per impugnare) e cause di inammissibilità (relative alla legittimazione in capo all'appellante o ad ipotesi in cui per la natura dell'atto o dell'oggetto della controversia l'impugnazione non poteva proseguire).

L'ipotesi qui contemplata è quella di una impugnazione avanzata al solo scopo di procrastinare l'esecuzione della sentenza¹⁹². La testimonianza conferma, secondo lo Scapini¹⁹³, quanto rilevato in merito al frammento precedente: la valutazione se l'appello sia da *recipere* oppure no può essere effettuata solo tenendo presente il *prius* logico dell'atto impugnato: i suoi motivi

3.c La motivazione della sentenza in D. 49.5.6 (Macer 2 *de appell.*)

Degna di attenzione è anche una testimonianza di Macro che, stante il riferimento in essa contenuto all'appello, va senz'altro ascritta alla *cognitio*. L'escerto, tratto dal secondo libro *de appellationibus* ha trovato collocazione per mano dei compilatori in D. 49.5.6. Ai nostri fini rileva solo il suo ultimo tratto:

D. 49.5.6 (Macer 2 *de appell.*): *...eumque qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur*¹⁹⁴.

In ideale continuità con quanto sin qui asserito sulla fase che precede il vero e proprio appello, dopo esserci soffermati sull'organo competente a decidere in merito all'ammissibilità e sulle valutazioni che lo stesso era chiamato a compiere, ci troviamo ora ad esaminare le modalità di svolgimento delle impugnazioni.

¹⁹² R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit. p. 373 sottolinea che si tratta di una fonte tarda ma non in contrasto con il diritto dell'età dei Severi come conferebbero sia la presenza di D. 49.1.13.1 sull'appello senza *causa probabilis* (quello cioè in cui è la causa in sé considerata ad apparire del tutto priva di fondamento) sia la circostanza che, poiché in età postclassica si tende a restringere e non ad ampliare i poteri del giudice *a quo*, il passo appare più ricognitivo di una precedente tendenza che non testimonianza di un'innovazione tarda.

¹⁹³ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., pp. 246 s.

¹⁹⁴ Nella prima parte si legge: *Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipere sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit...*

Macro, nel passo in esame, elenca alcuni degli obblighi ai quali il giudice deve attenersi allorquando decida di *non recipere appellationem*: costui è innanzitutto tenuto a manifestare le sue ragioni in una relazione (*opinionem suam confestim per relationem manifestare*), della quale una copia (*exemplum*) è consegnata all'appellante (*litigatori*)¹⁹⁵. Il rispetto di queste formalità si rivela particolarmente importante nell'eventuale fase successiva.

Sappiamo, infatti, che, di fronte alla declaratoria di inammissibilità, l'appellante poteva rassegnarsi a veder eseguita la sentenza oppure insistere nella sua pretesa, rivolgendosi all'imperatore o anche a quello stesso organo superiore che, laddove l'appello fosse stato *receptum*, avrebbe dovuto decidere dell'impugnazione. In quest'ultimo caso si apriva un'ulteriore fase, caratterizzata da una impugnazione autonoma, preliminare e pregiudiziale rispetto a quella sul merito della questione (principale), in cui ad essere sottoposta a censura era proprio la pronuncia di *non recipere appellationem*¹⁹⁶.

Il ricorso avverso la declaratoria di inammissibilità rappresenta una valvola di sicurezza del sistema, agendo da correttivo contro gli eventuali abusi del giudice *a quo*¹⁹⁷. L'operatività e l'efficacia di questa garanzia, tuttavia, sarebbe destinata a fallire se a quest'ultimo non fosse imposto l'obbligo di esplicitare le ragioni del suo rifiuto: l'introduzione di questo requisito vale, infatti, non solo a tutelare l'appellante ma serve anche di

¹⁹⁵ L'uso del termine *litigatoris* al singolare induce a ritenere che copia della *relatio* dovesse essere consegnata solo all'appellante, essendo questa, evidentemente, l'unica parte interessata da siffatta pronuncia del giudice: in questo senso v. F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, cit. p. 31, nt. 40.

¹⁹⁶ L'iter descritto ha trovato conferma anche in un papiro (Pap. Oxyr. 17 2130) risalente al 267 d.C., nel quale è riportata la vicenda di un senatore della città di Antice, tal Serenus, che aveva proposto appello avverso la sua nomina ad una carica municipale, presentando i libelli appellatori all'epistratega. Quest'ultimo, però aveva rifiutato di riceverli e l'appellante li aveva depositati nel tempio di Augusto affinché fossero inviati al Prefetto imperiale in Egitto. Un incaricato dell'appellante richiede, tuttavia, che gli venga comunicata l'opinione αἰτίαν αἰτίαν indicante il motivo per il quale l'organo *a quo* non aveva ricevuto i libelli appellatori. Il merito di aver messo in relazione il papiro con il passo di Macro va attribuito al A. J. BOYÈ, *P. Oxy XVII 2130. L'editio opinionis et l'appel en matière de charges liturgiques*, in *Studi Bonfante*, IV, p. 183. La presenza di un esplicito riferimento in questo testo alla αἰτίαν opinio, appare smentire la tesi del Beseler in ZSS (1931) p. 197 che proponeva una lettura semplificata del passo di Macro, con l'espunzione di 'opinione manifestare'.

¹⁹⁷ Così efficacemente R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit. p. 388.

supporto al giudice *ad quem* nella valutazione sulla fondatezza o meno dell'appello.

Non c'è dubbio che nel frammento di Macro si faccia riferimento ad un provvedimento motivato. È altrettanto innegabile, però, che siamo di fronte ad una pronuncia interlocutoria e non a quella che oggi definiremmo sentenza definitiva¹⁹⁸.

Il passo torna utile, allora, ed in questo concordo con il Murillo Villar¹⁹⁹, per evidenziare che il tema della motivazione della sentenza in epoca imperiale era già conosciuto.²⁰⁰

3.d La motivazione della sentenza in D. 49.8.1.1 (Macer 2 *de appell.*)

Più ricco di spunti ai fini della nostra ricerca è apparso il titolo ottavo del quarantanovesimo libro dei Digesta rubricato *Quae sententiae sine appellatione rescindantur*. Esso si presenta composto di tre frammenti, dei quali il primo, che comprende una serie di paragrafi tutti tratti dal secondo libro *de appellationibus* di Macro²⁰¹, offre ben due passi utili alla nostra riflessione.

Partiamo da:

¹⁹⁸ Già Accursio nella glossa '*opinionem*' al passo in esame aveva avuto modo di precisare che, benché il provvedimento fosse stato emesso in una fase preliminare, tuttavia lo stesso concretava una vera e propria sentenza motivata.

¹⁹⁹ A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit. p. 41 s.

²⁰⁰ Alla conclusione che il passo di Macro attesti l'esistenza di motivare la sentenza in capo al giudice che abbia dichiarato l'inammissibilità dell'appello, perviene anche T. J. ALISTE-SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, cit., p. 32 s.; conclusione poi ribadita in *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 51, ove lo studioso cita anche D. 49.7.1 pr. senza però offrirne un puntuale esame esegetico. Il richiamo a quest'ultimo frammento è fatto anche da A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit. p. 42. Lo studioso sottolinea che, dal suo disposto (*Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit*), si ricava che il giudice deve provvedere 'rapidamente' alla trasposizione per iscritto delle ragioni che lo hanno indotto a dichiarare l'appello inammissibile.

²⁰¹ Gli altri due frammenti che compongono il titolo, entrambi contenenti solo due paragrafi, sono tratti rispettivamente dal secondo e dal sedicesimo libro dei *responsa* di Paolo.

D. 49.8.1.1 (Macer 2 de appell.): *Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: veluti si iudex ita pronuntiaverit: “Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta, item ex illa specie viginti quinque debere, idcirco Lucium Titium Seio centum condemno: nam quoniam error computationis est, nec appellare necesse est et citra provocationem corrigitur.”*

Va subito segnalato che fra tutte le testimonianze fino ad ora raccolte, quella in esame è la prima che sembra alludere, in ragione delle locuzioni ivi riportate ‘*ita pronuntiaverit*’ e ‘*cum constet*’ al contenuto di una sentenza piuttosto che alla *opinio* di un giurista.

Nel passo, Macro si occupa di una vicenda relativa ad una sentenza viziata da errore di calcolo; per essa ritiene non necessario ricorrere all’appello. Il caso è quello di un giudice che così decide: risultando che Tizio è debitore di Seio per cinquanta relativamente ad una specie e venticinque relativamente ad un’altra, condanno Tizio a pagare cento. In questa ipotesi, trattandosi di un errore di computazione, non è necessario appellare.

L’errore riportato è a tal punto marchiano che sembra giustificato il dubbio di una sua corrispondenza o riproponibilità nella prassi giudiziaria quotidiana.

Ciò non toglie, tuttavia, che lo stesso mantenga intatta la sua forza persuasiva, quanto meno *docendi causa* e che, in ogni caso, rappresenti lo spunto per ulteriori considerazioni.

Il primo nodo da districare attiene alla riferibilità del testo, come sostiene la dottrina²⁰², alla *cognito extra ordinem*. La questione si pone perché il

²⁰²C. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 2, Tübingen, 1911, p. 48; si sofferma sul frammento anche S. SOLAZZI, *Calculus*, in *RIL.*, 58 (1925), p. 307, poi in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1960, p. 45 nt. 1, da cui si cita, che sottolinea come con l’appello si sia fuori dell’*ordo iudiciorum*. Ritiene il passo espressione di un “procedimento ufficiale”: L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana (trad. R. Orestano)*, Milano, 1938, p. 204. B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, cit., p. 98, nel sottolineare che in diritto giustiniano si amplia la cerchia dei gravami contro la sentenza (v. la significativa rubrica di D. 49.8), riferisce la decisione del frammento in esame ad una *restitutio*. Lascia aperta la possibilità di una riferibilità del passo anche al processo formulare T. MAYER-MALY, *Error calculi*, in *Festschrift für Hubert Niederländer*, Heidelberg, 1991, p. 100 che, se da un lato ammette che la testimonianza di Macer possa valere per la *cognitio* con possibilità di appello (*Macers Aussage dürfte einem Kognitionsprozeß mit Appellationsmöglichkeit gelten*), dall’altro, non manca di evidenziare che il contenuto

Marrone, nel suo contributo allo studio della motivazione della sentenza, include l'escerto tra quelli idonei ad attestare una 'prassi motivazionale' *anche* per la procedura formulare.²⁰³ E' lo stesso studioso, tuttavia, a fugare ogni dubbio attraverso l'uso dell'avverbio 'anche'. Mi sembra, in altre parole, che pure secondo il Marrone il frammento attenga ad un processo della cognitio; ciò non toglie, tuttavia, che il riferimento alla condanna pecuniaria gli consenta di estendere le conclusioni raggiunte su questa procedura anche al giudizio formulare.

Posto che il plurimo richiamo all'appello lega indissolubilmente la fattispecie in esame alla *cognitio*, resta da esaminare il merito della conclusione raggiunta dallo studioso dopo l'esame del testo.

L'interpretazione offerta dal Marrone questa volta parte da una *fictio*: l'Autore immagina il testo emendato dell'errore che inficia la decisione. Ci si trova così di fronte ad una sentenza nella quale il giudice, a parte la condanna, non va oltre la verifica dell'*intentio certa*: poiché risulta che Tizio deve a Seio cinquanta per una specie e venticinque per un'altra, condanno Tizio a pagare a Seio settantacinque. Il richiamo all'*intentio*, tuttavia, si presenta come una superfetazione ove si consideri che la condanna non può non presupporre 'constatata' la pretesa attrice manifestata nell'*intentio*. In quest'ottica, quindi, lo studioso siciliano ritiene che i giudici fossero soliti dare conto delle ragioni essenziali della decisione.

In dottrina un'ulteriore lettura del passo di Macro è offerta dal Murillo Villar²⁰⁴, per il quale sono proprio le indicazioni contenute nella pronuncia a consentire di evidenziare l'errore nel quale è incorso il giudice, con effetti ricadenti anche sull'appello. Laddove ci si fosse limitati ad un mero *condemno centum* lo sbaglio, evidentemente, non sarebbe potuto emergere.

Nell'ipotetico schema sillogistico attraverso il quale si declina la decisione del giudice, ad essere intaccato in questo caso non è né la premessa maggiore (quindi non si tratta di *error iuris*) né quella minore (non emerge,

psychologische del frammento potrebbe essere attribuibile anche all'*ordo iudiciorum* dove l'appello non c'è.

²⁰³ M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, cit. p. 59 s.

²⁰⁴ A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit., pp. 28 ss.

pertanto, un *error facti*), ma la conclusione perchè, a dispetto della logica, il giudice ha tratto una conseguenza irrazionale rispetto alla premessa. Errore di logica, dunque, come correttamente lo qualifica il Calamandrei²⁰⁵.

Le considerazioni sin qui svolte sembrerebbero convergere tutte verso un'unica conclusione: quella che il frammento in esame riproduca gli esatti termini di una sentenza equipaggiata di motivazione. Pur condividendo l'ipotesi che il passo di Macro porti acqua al mulino della tesi 'possibilista', ritengo tuttavia che la testimonianza possa confermare l'esistenza di pronunce motivate più in via mediata che direttamente. In altre parole che il frammento possa anche non essere letto come trascrizione fedele di una pronuncia. L'andamento del testo, soprattutto la prima parte, sembra più impostato nei termini di una "lezione"; il termine *veluti* evoca l'idea di un esempio richiamato *docendi causa*, in cui si 'carica', si esagera la sciatteria del giudice per rendere più palese il concetto che si vuole esprimere. Letto in questa prospettiva, il frammento sembra riportare un pensiero del giureconsulto. Chi frequenta le aule di tribunale sa bene, però, che non mancano errori eclatanti. La necessità di motivare allora diventa uno strumento di tutela che, come nel caso in esame, vale a evitare inutili appelli e faticosi dispendi di energia.

In forza delle considerazioni fin qui espresse direi che il frammento in esame può essere annoverato a supporto della tesi circa l'esistenza di una prassi di motivare le sentenze, della quale conterrebbe se non una attestazione diretta, certamente un richiamo in via mediata.

²⁰⁵ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile, vol. I. Storia e legislazioni*, Milano, Torino, Roma, 1920, pp. 45 s. Si veda pure P. CALAMANDREI, *Teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista Critica di Scienze Sociali*, p. 468, che classifica l'esempio del frammento come ipotesi di 'errore di logica'; non si tratterebbe di errore di diritto (relativo alla premessa maggiore del sillogismo) perché la norma sottintesa alla sentenza è correttamente posta (chi è debitore deve pagare il suo debito), neppure si tratterebbe di errore di fatto incidente sulla premessa minore perché la circostanza che Tizio sia debitore di Sempronio di un tot (50) per un titolo e di un altro tot (25) per un altro titolo è anch'essa esattamente posta. L'errore si determina nel momento in cui il giudice da premesse corrette trae conclusioni sbagliate, per effetto appunto di un errore relativo alla logica del pensiero.

3.e La motivazione della sentenza in D. 49.8.1.2 (Macer 2 *de appell.*)

L'esame delle fonti tratte dal quarantanovesimo libro dei Digesta si chiude con l'analisi di un passo di Macro.

Il tema affrontato è quello delle decisioni assunte *contra sacras constitutiones*. Si legge in:

D. 49.8.1.2 (Macer 2 *de appellat.*): *Item cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur. contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronuntiatur. nam si iudex volenti se ex cura muneris vel tutelae beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur: quod si de iure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse, de iure litigatoris pronuntiasse intellegitur: quo casu appellatio necessaria est.*

Il testo, nella sua elaborazione stilistica, prospetta una proposizione principale ed una soluzione, formulata su un esempio che si articola in un duplice schema.

L'affermazione di principio è che la sentenza *contra sacras constitutiones* (vale a dire quella in cui si pronuncia *de iure constitutionis* e non *de iure litigatoris*), non necessita di appello; l'esempio proposto dal giurista verte in materia di *excusationes* dall'ufficio di tutore. Se si richiede la dispensa dai *munera tutelae* adducendo di aver raggiunto l'età prevista dalla legge, di essere padre di un certo numero di figli o comunque di ricoprire cariche che consentono di declinare l'ufficio *de quo* ed il giudice disconosce l'esistenza stessa della norma (*dixerit neque filios neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse, de iure constituto pronuntiasse intellegitur*), la pronuncia è *contra constitutiones* e non necessita di impugnazione; se, invece, non è riconosciuto il diritto del richiedente perchè si nega l'esistenza in capo al gravato di una della *causae excusationis* previste (*negaverit eum de aetate sua aut de numero liberorum probasse*), sarà necessario l'appello.

Proponendo lo schema sillogistico della motivazione potremmo ricavare la regola che la sentenza è radicalmente nulla se *contra constitutiones*, ovvero se viziata da un errore di diritto che colpisce la premessa maggiore; valida e, quindi appellabile, quella *contra ius litigatoris* in cui l'errore colpisce la circostanza relativa alla premessa minore²⁰⁶.

Il frammento sembrerebbe dunque proporre l'*iter* che il giudice deve seguire nell'esercizio della funzione giudicante: va decisa dapprima la questione *in iure*, verificando se vi sia una legge che esonera dall'ufficio di tutore per uno dei motivi addotti; quindi, va giudicato *in facto* se il reclamante si trovi in una delle condizioni chieste dall'ordinamento per l'esonero.

Il testo, nonostante la presenza di alcune peculiarità è ritenuto integro.²⁰⁷ Affidante appare quindi il duplice schema prospettato da Macro con l'alternativa tra due pronunce: *si iudex dixerit ..., si negaverit*. La diversa pronuncia del giudice o, meglio, i suoi presupposti rilevano ai fini dell'impugnazione. L'appello, infatti, come si evince dal testo, non è sempre ammesso: di qui la necessità che dalla sentenza traspaiano gli elementi necessari per valutare anche la sussistenza dei requisiti per appellare. L'interpretazione del passo proposta dalla storiografia appare univoca²⁰⁸: del resto, come si sarebbe potuto 'intuire' il tipo di invalidità derivante dalla pronuncia (con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di impugnazione) se dalla sentenza nulla fosse emerso?

La scissione di una questione in due distinte ipotesi viene in rilievo anche con riferimento ad una costituzione dell'età dei Severi. Al suo esame si procederà di seguito, iniziando così anche l'analisi delle testimonianze ricavate dai *Codices*.

²⁰⁶ Si v. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., pp. 46 ss.

²⁰⁷ Secondo F. VASSALLI, *L'antitesi "ius-factum" nelle fonti Giustiniane*, in, *Studi Giuridici*, vol. III, Tomo I, Milano, 1960, p. 389, già in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia*, serie III, vol XII, Perugia, 1914, poi in *Miscellanea critica di Diritto romano*, II, Perugia, 1914, il testo appare sostanzialmente integro. Benchè non le riconduca ad una generale alterazione, l'Autore non manca di notare, tuttavia, alcune peculiarità. Rinviano per le ulteriori segnalazioni al Vassalli, ci si limita in questa sede a citare l'espressione *ius constitutionis*, considerata locuzione 'abbastanza stiracchiata' e *litigator*, ritenuto termine frequentissimo nei giustiniane, non altrettanto nei classici.

²⁰⁸ L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, cit., p. 88; N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., pp. 247 ss.; A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit. p. 31 ss.

4. Le costituzioni imperiali.

Fra le diverse fonti analizzate in questa ricerca, un rilievo particolare va riconosciuto alle costituzioni imperiali. In esse appaiono contenute quelle espressioni più pregnanti o comunque più indicative del consolidarsi nella prassi dell'uso di motivare le sentenze. In presenza di un istituto processuale quale quello dell'appello appare quasi inevitabile che, con il progredire della sua operatività, anche le sentenze si arricchiscano di elementi utili ai fini dell'impugnazione. Sarebbe tuttavia riduttivo collegare l'istituto in esame esclusivamente ai mezzi di gravame. Merito delle costituzioni esaminate è allora anche quello di aver contribuito ad ampliare la prospettiva disancorando da un rapporto di esclusività la motivazione dall'appello e consentendo, invece, di trovare ulteriori fattori ai quali ricollegarla.

4.a La motivazione della sentenza in C.7.64.2

Il primo testo ad essere esaminato è una costituzione di Alessandro Severo, nella quale si legge:

C. 7.64.2. Imperator Alexander Capitoni: *Si, cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronuntiavit potuisse defunctum et minorem quattuordecim annis testamentum facere ac per hoc aviam potiolem esse, sententiam eius contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. Quod si, cum de aetate quaereretur, implesse defunctum quartum decimum annum ac per hoc iure factum testamentum pronuntiavit, nec provocasti aut post appellationem impletam causa destitisti, rem iudicatam retractare non debes.*

La costituzione, contenuta nel titolo *Quando provocare necesse non est*, affronta una questione ereditaria che si rivela essere alquanto complessa. L'intervento dell'imperatore è in questo caso sollecitato per una controversia in materia testamentaria. Un erede legittimo, tal Capitone ambisce ad una declaratoria di nullità di un testamento redatto, a suo dire, da un soggetto che,

essendo morto quando non aveva ancora compiuto i quattordici anni, era evidentemente privo della *testamenti factio* attiva.²⁰⁹ Il giudice di prime cure, nominato dal *praeses provinciae*, ritiene valido il testamento ‘confezionato’ dall’infraquattordicenne dando ragione all’erede nominato nell’atto: la nonna del *de cuius*. Di qui il ricorso all’imperatore che, con una risposta alquanto articolata, prospetta due distinte soluzioni: se il giudice ha statuito che il defunto, benchè minore di quattordici anni, possa fare testamento, la sentenza è palesemente contraria alla legge, non ha nessuna forza (*nullas habere vires*) e, dunque, non è necessario appellarla (*et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit*). Qualora, invece, il giudice, esaminata la questione dell’età, ritenuto erroneamente sussistente il requisito, abbia dichiarato la validità del testamento, allora sarà necessario appellare; in mancanza non si potrà più ritrattare la cosa giudicata (*rem iudicatam retractare non debes*).

Nel rescritto viene in rilievo la distinzione tra *error iuris* (che emerge nella prima soluzione) ed *error facti* (cui fa riferimento la seconda ipotesi)²¹⁰, profilo questo sul quale *prima facie* sembra essersi soffermata la dottrina quasi in via esclusiva²¹¹.

²⁰⁹ Si v. Gai 2.114: *Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, in primis advertere debemus, an is qui id fecerit, habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint, permittitur testamentum facere;* e D. 28.1.5 (Ulp. 6 ad Sab.): *A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possunt, videamus. verius est in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum.*

²¹⁰ È evidente l’affinità con quanto riportato da Macro in D. 49.8.1.2, dove, come si è già avuto modo di evidenziare, si distingue a seconda che la contrarietà alla norma sia una conseguenza *de iure constitutionis* o *de iure litigatoris*. Se si considera che Macro opera sotto Caracalla ed Alessandro Severo non meraviglia che quel criterio abbia ispirato anche la cancelleria imperiale nel risolvere il caso. Si v. F. PERGAMI, *L’appello nella legislazione del tardo impero*, cit. p. 261 s.

²¹¹ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., p. 27 ricorda che la nullità della sentenza a Roma è inizialmente ricollegata alla presenza di alcuni vizi che avevano però colpito l’attività processuale e non invece anche al contenuto della decisione: la sentenza inficiata da un errore logico, di giudizio del giudice, era accettata dalle parti (salvi i casi di restituzione) come una specie di caso fortuito irreparabile. Con il tempo, tuttavia, la validità della sentenza è posta in relazione anche al suo contenuto, la trasformazione avvenne in concomitanza con la distinzione tra *quaestio iuris* e *facti*. Nelle fonti romane questa distinzione, posta in relazione con il potere decisorio del giudice, emerge proprio nel passo C. 7.64.2; il testo, nota lo studioso, insieme a D. 49.8.1, è quello che meglio di ogni altro rappresenta ed analizza il procedimento logico del giudicante in modo più profondo e meno unilaterale.

In realtà, sebbene più in sordina vi era chi, già sul finire dell'Ottocento, forniva una lettura più ampia del testo. Ad esser sinceri si trattava di una prospettazione implicita, posto che il suo Autore, il Ronga²¹², come si è già avuto modo di dire, nell'elencare la motivazione tra i requisiti della sentenza, rinviava a questa costituzione, senza tuttavia procedere alla relativa esegesi. Una traccia, dunque, di non evidente decifrazione tanto che il Pieraccini²¹³, nel contestare le conclusioni del Ronga, rileverà testualmente che nella costituzione *non si è fatto che richiamare un principio giuridico a sproposito affermandone l'applicabilità al caso da decidere, e quindi la stessa considerazione ne soccorre, cioè quello che si vorrebbe veder dimostrato, la corrispondenza del testo legislativo alla fattispecie, è al contrario puramente asserito. Il richiamare una disposizione di legge, come il citare un articolo od un paragrafo è qualche cosa che fa parte della motivazione, in quanto questa deve riguardare così il fatto come il diritto, ma non è la motivazione intera. Per giungere a questa occorre un processo di elaborazione della legge da cui risulti che gli estremi del fatto controversi sono gli estremi stessi richiesti perché quella determinata norma giuridica possa utilmente invocarsi; ora anche questo non è sostenibile sul serio che sia stato fatto nell'ipotesi in esame.*

Quello che in qualche modo era rimasto nella penna del Ronga prova ad esplicitarlo un po' di anni dopo il Murillo Villar. Lo studioso ascrive la costituzione fra i passi a sostegno della tesi 'possibilista'.

L'imperatore, vista la confusa descrizione dei fatti e la mancanza della motivazione nel provvedimento impugnato o, almeno, dell'allegazione di siffatta motivazione in sede di appello, è costretto a formulare due ipotesi. Il Murillo Villar ritiene che nell'elaborare queste due diverse soluzioni è come se l'imperatore ripercorresse l'*iter* logico che avrebbe dovuto guidare il giudice *a quo* nell'emettere la sentenza. La chiave della decisione di Alessandro Severo, quindi, starebbe nel fatto che il giudice non motivò la sua sentenza (o che, comunque, questa motivazione non fu conosciuta

²¹² G. RONGA, *Elementi di diritto romano*, cit., p. 328.

²¹³ L. PIERACCINI, *La motivazione delle sentenze (Saggio di storia della procedura)*, cit., p. 613.

dall'imperatore). Ne deriverebbe che, sebbene questa costituzione non imponga apertamente un obbligo di motivare, essa tuttavia vale ad attribuire un ruolo rilevante all'esplicitazione della *ratio decidendi*, come elemento che facilita la comprensione dell'appello²¹⁴.

La vicenda tramandata, come rilevato, mi sembra piuttosto complessa, per non dire intricata; ciò non può che suggerire un approccio alla stessa con estrema cautela. Innanzitutto non sappiamo se gli elementi mancanti alla ricostruzione completa del caso dipendano da una fortuita ed accidentale imprecisione (forse dovuta anche all'inesperienza) o, invece, da consapevole reticenza. Si potrebbe ad esempio ipotizzare che l'erede legittimo, volendo rimettere in discussione la sentenza, per poter giocare sull'equivoco, volutamente non riferisca in termini esatti la pronuncia resa dal giudice di primo grado²¹⁵.

Il testo, pur nella sua articolata ed elaborata esposizione dei fatti, non mi sembra indicativo sul punto. Se, tuttavia, proviamo a sfrondate il suo contenuto da tutti gli aspetti che lo legano al caso deciso, quello che resta è la prospettazione di un *modus sentiendi*, una regola generale, da applicare, dunque, al di là del singolo caso concreto.

Con la sua risposta, l'imperatore, nell'articolare il proprio *iter* argomentativo, ripropone quello che, con molta probabilità, è, o comunque dovrebbe essere, il percorso seguito da ogni giudice.

Di tale percorso appare allora opportuno dare conto nella sentenza sia per garantire le parti, mettendo in luce quegli elementi della pronuncia non conformi a diritto sui quali in sede di gravame far ricadere le doglianze, sia anche per agevolare il compito del giudice *ad quem*. Ancora, aggiungerei - proprio alla luce del nuovo orientamento politico instaurato con il principato,

²¹⁴ Si v. A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit., p. 33 ss.; alle stesse conclusioni perviene anche D. A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, cit., p. 421 s. per il quale "la risposta fornita da Alessandro Severo presuppone l'esistenza di un motivazione con la quale il giudice avesse giustificato la propria decisione, dal momento che, proprio dal differente tipo di spiegazione data nel precedente giudizio, l'imperatore fa scaturire le due diverse soluzioni".

²¹⁵ così R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit. p. 281 s.

in cui l'imperatore si pone sempre più come unica fonte del diritto - per vincolare i giudici al rispetto della 'legge'.

4b. Due costituzioni di Valentiniano, Valente e Graziano.

Una spia sulla presenza di sentenze motivate nella *cognitio extra ordinem* si ricava dal Titolo *De sententiis et periculo recitandis* del Codice giustiniano

In particolare, il riferimento è a:

C.7.44.2 Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. Ad Probum pp.: *Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi. Exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio quam aliis illustrem administrationem gerentibus ceterisque illustribus iudicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum et eos, qui ministerium suum eis accomodant, sententias definitivas recitare.*

D. XII k. Febr. Gratiano A. II et Probo cons. (a. 371)

Prima di addentrarsi nell'esame del testo appare opportuno fare una precisazione. Ai fini che in questa sede rilevano, la costituzione è stata analizzata soffermandosi sempre sulla sua prima parte. La proposizione finale concerne, infatti, la esenzione, riconosciuta in favore di una elevata classe di funzionari, di presenziare alla lettura delle sentenze; circostanza, questa, del tutto priva di rilievo rispetto alla motivazione della sentenza.

Non viene nella lettera del testo specificato se ci si riferisca alla *cognitio* criminale o meno²¹⁶. In assenza di elementi univoci che valgano ad escludere che la costituzione in esame possa essere riferita alla procedura *extra ordinem* privata, si è proceduto, quindi all'esame del rescritto, limitandosi, per le ragioni dinanzi esposte, al primo segmento.

²¹⁶ In questo senso v. M. A. DE DOMINICIS, *Rapporti tra "iudicium privatum" e "iudicium publicum"*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, I, Milano, Giuffrè, 1967, p. 267.

La costituzione impone ai giudici tenuti a conoscere e pronunziare, di non formare immediatamente (*non subitas*) le sentenze, ma alla fine della causa (*post negotium*), dopo aver deliberato, dapprima di formarle ponderatamente (*sententias ponderatas sibi ante formarent*) e, dopo averle emendate, subito (*statim*) di trascriverle fedelmente nel libello; chiede, infine, di leggerle dal libello alle parti. L'adempimento di quest'ultima formalità segna il momento a partire dal quale non è più possibile apportare al testo correzioni o modifiche.

Certamente con questa disposizione si impone la redazione per iscritto della sentenza, seguita poi dalla lettura.²¹⁷ Il testo, però, si rivela generoso nell'offrire argomenti anche alla nostra ricerca.

Va subito rilevato che la testimonianza non era sfuggita ai giuristi medievali impegnati nella riflessione sulla *causa expressa in sententia*. In particolare, la glossa accursiana *ex libello* alla citata costituzione, metteva in risalto come *in principio sententiae semper scribitur libellus, et allegationes etiam repetuntur*. Il giudice, dunque, doveva inserire nella sentenza sia il libello che le *allegationes*. Dal confronto tra questi due elementi ed il dispositivo della sentenza, secondo Accursio, poteva essere agevole ricostruire la motivazione della pronuncia²¹⁸.

Le esegesi successivamente proposte, invece, concernono altri segmenti del testo. Il costrutto argomentativo della storiografia si è concentrato tutto intorno alla portata del termine *sibi*. Le divergenze sorgono allorquando si passi ad interpretare il significato di questa parola in abbinamento con *ponderatas*. La costituzione si riferisce ad una valutazione che avviene nella mente del giudice e quindi resta nel suo foro interno o, invece, si tratta di un requisito che va manifestato *ad extra*?

Le risposte al quesito si colorano di sfumature diverse, passando dalla posizione che definirei più 'intimista'²¹⁹ a quella più 'estroversa' che,

²¹⁷ Sottolinea R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 275 che si ha un completo rovesciamento dei principi in materia tanto che ora si afferma che *sententia quae dicta fuerit, cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae habere mereatur*.

²¹⁸ F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia*, cit., p. 56 ove ampi riferimenti sia ai manoscritti che alla letteratura.

²¹⁹ J. LLOBELL Tuset, *Historia de la motivacion de la setencia canonica*, cit., p. 23.

ovviamente, propende per una esternazione della valutazione effettuata.²²⁰ Di fronte ad un elemento testuale che non aiuta a dare una risposta definitiva, chi propende per quest'ultima tesi argomenta comparando la disposizione con quelle che impongono altri requisiti formali della sentenza. In sostanza, in questo caso gli imperatori non si sarebbero limitati ad un laconico ordine del tipo "le sentenze siano sempre motivate", ma avrebbero voluto fare qualcosa di più: avrebbero voluto indicare cosa si intende per motivare una sentenza, imponendo che prima della sua emissione, essa sia preceduta da attenta ponderazione. È evidente, anche ai fini di un controllo, che poi questa attività debba risultare all'esterno.

Qualunque ipotesi, ben argomentata, potrebbe essere avanzata in proposito.

Il fattore, però, che deve rimanere imprescindibile è il ricorso alle fonti; poichè il nostro testo da solo non appare sufficiente a dipanare la matassa, si può provare ad offrirne una lettura in combinato disposto con una costituzione raccolta nel Codice Teodosiano²²¹ ove trovasi un'altra costituzione, redatta sempre dagli stessi imperatori poco più di un decennio dopo. Si tratta di

CTh. 4.17.2 Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Clearchum PP *Iudex in profirenda sententia quae iurgantibus prosit, ad plenum recenseat quidquid negotii fuerit unlatum, quod senserit scribat et relegat, ne pro errore iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus.*

Dat. X Kal. Sept. Constantinopoli Antonio et Syagrio cons²²².

²²⁰ A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit, p. 20 ss.

²²¹ In questo senso. T. J. ALISTE-SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, in *Pensamiento Jurídico*, Bogotá (Colombia) n. 21, 2008; la tesi è ripresentata dall'Autore nella recente monografia, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 51

²²² La costituzione appartiene al titolo *De sententiis ex periculo recitandis* ed era tramandata come terza. L'*idem* indicato all'inizio, infatti, non si riferisce agli imperatori citati in CTh. 4.17.1 ma a Valentiniano, Graziano e Teodosio nominati nel successivo CTh. 4.17.3. Circa la sua datazione, dalla *subscriptio*, si ricava che essa fu emanata il 23 agosto 382 sotto il consolato di *Antonius* e *Syagrius* ed è indirizzata a *Clearchus* che, sebbene sia denominato nei manoscritti prefetto del pretorio, tuttavia, secondo la ricostruzione del Seek, appare ricoprire in quegli anni il ruolo di *praefectus urbi* (essendo quello di *praefectus praetorio* ricoperto da *Florus*). Correttamente, dunque, appare riportata la carica in CTh. 15.2.3, CTh.

Non c'è dubbio che la costituzione individui una serie di requisiti formali delle pronunce. Vi si legge, infatti, che la sentenza deve toccare tutti gli aspetti della causa (*recenseat ad plenum*), che deve essere scritta e letta (*scribat et relegat*) in udienza onde evitare errori che possano far sorgere una nuova lite²²³.

Il dato letterale del testo, però, questa volta sembra prestarsi ad una più ampia esegesi, orientando gli interpreti verso una lettura che, in uno con C. 7.44.2, ha indotto alcuni Autori ad ascrivere questa disposizione tra quelle che sancirebbero l'obbligo di motivare la sentenza.

L'ordine impartito al giudice di scrivere e rileggere non vale ad imporre una mera formalità, mirando, piuttosto, a sollecitare decisioni basate su salde fondamenta onde evitare la riproposizione della questione in appello. È questa l'ipotesi avanzata dal Murillo Villar²²⁴ secondo il quale, il binomio '*scribat et relegat*' ha un significato più profondo, quello di fondare, meditare bene la sentenza; attribuirgli questa accezione non vuol dire forzare il significato letterale del testo. Inoltre, limitarsi ad imporre al giudice di scrivere e leggere, non avrebbe senso; quello che gli si chiede, infatti, è scrivere e rileggere *quod senserit*, vale a dire il motivo per cui ha deciso in un modo piuttosto che in un altro.

In quest'ottica, dunque, la costituzione riproporebbe lo schema di un *iter* formativo che il giudice deve seguire nell'emanazione della sentenza. Sembrano così meglio profilarsi, completandosi, quelle istruzioni che erano state già impartire ai giudici. Le due testimonianze, lette all'unisono, sembrano convergere verso un obiettivo comune: garantire che la sentenza sia confezionata nel miglior modo possibile.

6.5.1 e CTh. 6.2.14, mentre appare erroneamente indicata anche in CTh. 4.17.3 e CTh. 12.1.93.

²²³ B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, cit., pp. 48, nt. 78 e 66 annovera questa costituzione fra quelle relative alla imposizione di requisiti essenziali della sentenza.

²²⁴ MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, cit. p. 22 ss.

Ancora più incisiva appare la posizione dell'Aliste Santos²²⁵. Lo studioso, partendo dal presupposto di un legislatore non ridondante, oserei direi, non inutilmente ripetitivo (anche per non sconfessare se stesso, tanto più che, nel caso di specie, si trattava degli stessi imperatori), attribuisce alla costituzione raccolta nel Teodosiano un valore normativo autonomo rispetto alla precedente.

Valentiniano, Valente e Graziano, con questo provvedimento, avrebbero voluto regolare proprio l'elemento argomentativo della sentenza, accentuando l'importanza che il profilo della motivazione poteva assumere. L'*intentio legis* sarebbe resa manifesta dalla richiesta di scrivere e rileggere *quod senserit*, specificazione questa che non avrebbe avuto alcun senso se il testo della sentenza si fosse limitato ad un *absolvo/condemno*.

Le deduzioni mi sembrano esaustive e persuasive. Ad ulteriore supporto, ove mai ce ne fosse bisogno, mi permetterei solo un'ulteriore considerazione: la scelta del termine "senserit" in luogo di un pur possibile *iussit* o *statuit* mi sembra quanto mai significativa e, comunque, certamente non casuale.

4c. La motivazione della sentenza in C. 7.45.3

Il primo passo verso quella strada senza ritorno che le costituzioni appena esaminate sembrano tacitare è segnato dall'intervento normativo, raccolto in:

C. 7.45.3 Imp. Alexander A. Vettio: *Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi.*

PP. k. Oct. Maximo II et Aeliano cons. (a. 223)

²²⁵ T. J. ALISTE SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta del motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, cit., p. 30 s. e poi anche in, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit. p.53.

Non è giusta la sentenza che non contenga condanna o assoluzione: il dato testuale è talmente chiaro (oserei dire cristallino) da non aver sollecitato particolari esegesi o dibattiti dottrinali²²⁶.

A destare interesse, anche in questa sede, non è tanto quello che *expressis verbis* la disposizione afferma, quanto piuttosto quello che vi si può leggere tra le righe.

Secondo l'Aliste Santos²²⁷, questo provvedimento, al di là dell'evidente principio affermato, starebbe anche dicendo '*ex silentio*' che la decisione contiene qualcosa in più di una semplice pronuncia di condanna o assoluzione. Se tutto porta ad ipotizzare l'esistenza di un 'corpo' della sentenza che precede la parte dispositiva, allora questa struttura, alla luce anche dei requisiti richiesti dall'ordinamento (basti pensare a quanto previsto dalle costituzioni C. 7.44.2 e CTh. 4.17.2, appena esaminate)²²⁸, non può che essere 'articolata': ulteriore argomento, questo, per lo studioso a sostegno della tesi favorevole all'esistenza di motivazione nelle sentenze della processo *extra ordinem*.

In un ideale asse cartesiano la costituzione in esame sembra tracciare il primo (quasi invisibile) punto a partire dal quale, per effetto degli ulteriori interventi normativi, impositivi di obblighi più incisivi, si disegnerà poi la curva, sempre più ascendente, della motivazione.

²²⁶ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, cit. p. 269 ss (in particolare p. 275 s), nell'elencare le principali cause di inesistenza del '*iudicatum*' che rendono superfluo l'appello, individua la categoria della 'sentenza difettosa nella formulazione', della quale indica, come esempio, la costituzione in esame.

²²⁷ T. J. ALISTE SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta del motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, cit., p. 30 s. e poi anche in, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 53.

²²⁸ La due costituzioni sono state entrambe esaminate nei precedenti paragrafi ai quali si rinvia.

4.d. La motivazione della sentenza nella *Constitutio properanda*.

La Costituzione di Giustiniano, emanata nel 530 d.C. e nota come *constitutio properanda*, raccolta in C. 3.1.13, sembra procedere, senza deviazioni, lungo il percorso tracciato.

Ad evitare liti quasi immortali (*ne lites fiant paene immortales*)²²⁹, l'Imperatore fissa in tre anni (a partire dalla *litis contestatio*) la durata massima dei giudizi (*non ultra triennii metas post litem contestatam esse pratrahendae*)²³⁰. Posto questo principio fondamentale, l'intervento imperiale si articola poi in una serie di disposizioni specifiche, alcune delle quali saranno di seguito esaminate. Seguendo l'ordine impartito vengono innanzitutto in rilievo due prescrizioni relative ai giudizi contumaciali.

Si tratta di:

C. 3.1.13.2b: Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.: *Sin autem ex gestis apud se habitis parte actoris minime inventa possit invenire viam, ex qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, et absente actore, si eum meliorem causam habere perspexerit, pro eo ferre sententiam non moretur et praesentem reum absenti actori condemnare, expensis tantummodo litis, quas reus legitime se expendisse iuraverit, condemnatione excipiendis, quia hanc poenam actori et meliorem causam habenti propter solam absentiae contumaciam imponimus.*

D. vi k. April. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. (a. 530).

e di:

C. 3.1.13.3: Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.: *Sin autem reus afuerit et similis eius processerit requisitio, quemadmodum pro persona actoris ediximus, etiam absente eo eremodiciu contrahatur et iudex, secundum quod veteribus legibus cautum est, ex una parte cum omni subtilitate causam requirat et, si obnoxius fuerit inventus, et contra absentem promere condemnationem non cesset, quae ad effectum perducatur: et per res et facultates fugientis victori satisfiat, sive ipse iudex ex sua iurisdictione hoc facere potest, sive per relationem ad maiorem iudicem hoc referatur et ex eo*

²²⁹ C. 3.1.13 pr.

²³⁰ C. 3.1.3.1. Questo limite vale per tutti i giudizi civili. Restano escluse, ad esempio, le *causae quae ad ius fiscale pertinent vel quae ad publicas respiciant functiones*. Per una disamina più approfondita si v. U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 69, in particolare nt. 16.

legitima via contra res contumacis aperiatur: nulla licentia ei vel alii personam eius solam praetendenti concedenda contradicendi, cum in possessionem ex huiusmodi causa actor mittitur: nec si reversus fuerit et voluerit fideiussiones dare et possessionem recuperare, audiatur: in huiusmodi etenim casibus omnem ei contradictionem excludimus.

<a 530 d. vi k. april. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons.>

La prima disposizione contempla l'ipotesi di un giudizio che si svolge in assenza dell'attore e prevede che il giudice possa emettere comunque una sentenza favorevole alla parte rimasta contumace, qualora le risultanze processuali siano in grado di indicargli la strada maestra da seguire per la decisione (*ex gestis apud se habitis parte actoris minime inventa possit invenire viam, ex qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit*)²³¹.

Il secondo stralcio, invece, prevede il caso dell'assenza del convenuto; la circostanza - come nell'ipotesi precedente - non impedisce al giudice di emettere una sentenza di condanna a suo carico purchè, a seguito di una istruttoria espletata *cum omni subtilitate*, sia stato accertato che il *reus* sia *obnoxius*.

Com'era prevedibile alla luce del loro contenuto, i due provvedimenti richiamati sono stati analizzati soprattutto dagli studiosi che si sono occupati del processo contumaciale²³².

Di recente, tuttavia, una prospettiva inedita - rimasta, a quanto consta, isolata - ha focalizzato l'attenzione sulla circostanza che da queste disposizioni sarebbe possibile cogliere l'usualità di motivare le sentenze nella *cognitio extra ordinem*. Artefice di questa ricostruzione è lo Scapini²³³. Secondo lo studioso saremmo di fronte a norme di carattere processuale dalla cui violazione, ai sensi di quanto disposto in D. 48.10.1.3 (Marcian. 14 *inst.*, *sed et si iudex constitutiones principum neglexerit, punitur*)²³⁴, scatterebbero

²³¹ La parte finale della disposizione, che non rileva ai nostri fini, prevede che sarà escluso dalla condanna l'importo delle spese di lite che il convenuto ha dichiarato di aver sostenuto e che le stesse saranno poste a carico dell'attore a causa della sua contumacia.

²³² Valga per tutti il riferimento a L. ARU, *Il processo contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma, 1971.

²³³ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 249 s.

²³⁴ Il passo, secondo lo studioso, sarebbe relativo non solo a norme di carattere sostanziale ma anche a norme processuali. Sul tema si rinvia a F. M. DE ROBERTIS, *Le sentenze contra sacra*

sanzioni penali a carico del giudice. Di qui la necessità per quest'ultimo di dimostrare di aver rispettato le regole relative all'esercizio della sua funzione ovvero, per quel che qui rileva, di aver ottemperato ai dettami della costituzione: aver fondato la propria decisione (secondo quanto richiesto in C. 1.3.13.2b) su elementi sufficienti ed aver esaminato il giudizio cum *omni subtilitate* (come prescritto da C.1.13.3). Ai fini di questa prova, conclude lo Scapini, il giudice *non poteva prescindere dalla motivazione della sentenza*.²³⁵

La tesi dello studioso, laddove condivisa, credo porti a conseguenze rilevanti nel tema che ci occupa. L'usualità di motivare le sentenze appare assumere nella *cognitio extra ordinem* un'inattesa connotazione. In particolare, questa prassi sarebbe rapportata non più all'appello quanto piuttosto al timore del giudice di incorrere in una delle sanzioni poste a suo carico: una prospettiva che, soprattutto sulla scorta dell'esame delle testimonianze fino ad ora analizzate, si profila come del tutto inedita.

Ma non basta.

La costituzione in esame sembrerebbe spingersi oltre, facendo adombrare l'ipotesi di un vero e proprio ordine di motivare le sentenze. All'attenzione è questa volta il punto *sub* 9 in cui si legge:

C. 3.1.13.9, Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.: *Illo procul dubio observando, ut, si neque per alterutram litigantium partem vel per iudicem steterit, quominus lis suo marte decurrat, sed per patronos causarum, licentia detur iudici et eos duarum librarum auri poena adficere per scholam palatinam exigenda et similiter publicis rationibus adgregenda, ipso videlicet iudice in sua sententia hoc ipsum manifestante, quod per patronos causae vel fugientis vel agentis dilatio facta est vel per omnes vel quosdam ex his: necessitate advocatis imponenda, ex quo litem peragendam susceperint, eam usque ad terminum, nisi lex vel iusta causa impediatur, adimplere, ne ex eius recusatione fiat causae dilatio: honorariis scilicet a clientibus, qui dare possint, disertissimis togatis omnimodo praestandis et, si cessaverint, per executores negotiorum exigendis, ne et per huiusmodi machinationem causae merita protrahantur, nisi ipse litigator alium pro alio patronum eligere maluerit.*

constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante, in ZSS. 62 (1942) p. 255 ss., che propende per la sostanziale genuinità della fonte in esame.

²³⁵ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 250.

a 530 d. vi k. april. constantinopoli lampadio et oreste vv. cc. cons.

L'articolato intervento normativo contempla l'ipotesi che la mancata decisione della causa nel termine prescritto dipenda dalla negligenza dei *patroni*, prevedendo la condanna di questi ultimi al pagamento di due libbre d'oro. Particolare interesse riveste ai nostri fini il punto della disposizione in cui si chiede al giudice che emette la sentenza di assoluzione per decorrenza dei termini²³⁶, di specificare la *causa absolutionis* indicando a chi sia da imputare la dilazione, se ai difensori al convenuto o all'attore (*per patronos causae vel fugientis vel agentis dilatio facta est*).

In mancanza di una pronuncia sul merito è fondamentale stare attenti a limitare la sfera sulla quale andrà a ricadere il giudicato. In caso di pronuncia *ab observatione iudicii* sono ragioni di carattere processuale ad imporre che si proceda alla esplicitazione della motivazione. Ritorna, dunque, la necessità, già incontrata nel corso di questo lavoro, di evitare che il rigetto della domanda per ragioni meramente processuali si riverberi sul piano sostanziale. È evidente, infatti, che, specificata la causa dell'assoluzione, resta impregiudicata la possibilità per l'attore di proporre la domanda in un altro giudizio, senza il rischio di vedersela respinta per effetto di una *exceptio rei iudicatae*, opposta dalla controparte.

Simili considerazioni si trovano manifestate anche da parte degli studiosi nel Medio Evo²³⁷. Le loro conclusioni, però, sono state criticate dal Llobell Tuset²³⁸ secondo il quale in questo paragrafo Giustiniano introdurrebbe una disposizione "amministrativa" del tutto svincolata dal contenuto essenziale della sentenza. Solo forzando il senso delle parole dal testo si potrebbe

²³⁶ Nella restante parte, infatti, si pongono i parametri di un comportamento deontologico dell'avvocato. Gli avvocati sono tenuti a portare a termine la causa di cui assunsero il patrocinio (se non intervenga una *iusta causa*) onde evitare una dilazione per effetto dell'abbandono del giudizio da parte loro. Si stabilisce altresì che agli avvocati dovranno essere corrisposti gli onorari dagli assistiti che possono pagare. In caso di rifiuto sarà l'autorità ad intervenire esecutivamente almeno che la parte non scelga di avvalersi di un altro legale.

²³⁷ Per un ricognizione complessiva del pensiero di questi studiosi, si rinvia a F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, cit., in particolare pp. 6, 7, 33, 41, 65, 104, 132, ove anche ampia letteratura.

²³⁸ J. LLOBELL TUSET, *Historia de la motivacion de la sentencia canonica*, cit., p. 28.

ricavare un riferimento alla motivazione della sentenza. Cosa intenda per “disposizione amministrativa” e come si forzi il senso delle parole lo studioso non lo precisa. L’opinione appare ‘immotivata’ soprattutto se raffrontata agli argomenti dinanzi esposti. Quello che si può concedere è che certamente siamo di fronte ad un’ipotesi particolare e non ad un principio generale; considerazione questa, tuttavia, che nulla toglie a quanto fino ad ora sostenuto.

4.e La motivazione della sentenza in C. 7.57.5

Nel Codex giustiniano il titolo cinquantasettesimo (*Comminationes epistulas programmata subscriptiones auctoritatem rei iudicatae non habere*) del settimo libro -che raccoglie sette rescritti tutti concernenti provvedimenti che non hanno *auctoritatem rei iudicatae*²³⁹ sono inserite due costituzioni sulle quali la dottrina ha avuto modo di soffermarsi anche per la materia che ci occupa.

La prima è una costituzione di Gordiano, datata 241²⁴⁰, e riportata nel paragrafo 5.

Si legge nel passo:

C. 7.57.5 Imp. Gordianus A. Iucundo: *Iudex qui disceptioni locum dederat, partium adlegationes audire et examinare debuit. Nam*

²³⁹ In particolare, l’efficacia di *res iudicata*, oltre che alla *scriptio ad libellum datam*, viene, negli altri rescritti, negata: a) alla *comminatio* del giudice (*nec vim stipulationis obtinere potest comminatio*) che condanna al pagamento di interessi coloro che nel tempo stabilito non abbiano estinto il debito (C. 7.57.1); b) all’*epistola* del *rector provinciae* che ingiunge di pagare la somma dovuta (*rei iudicatae effectum non habet quod per epistolam rector provinciae solvere vos pecuniam reipublicae iussit*: C. 7.57.2); c) alle *subscriptiones* inidonee a revocare ciò che è stato statuito con piena cognizione di causa (*ea, quae causa cognita statuuntur, subscriptionibus revocari non posse, saepe rescriptum est*: C. 7.57.3); d) alla *interlocutio praesidis* (... *ne rei iudicatae auctoritatem obtineat*: C. 7.57.4); e) al programma pubblicato da un *praeses* (*programma, si quod a praeside propositum est, vim rei iudicatae nequaquam potest obtinere*: C. 7.57.6). Sul punto si v. PUGLIESE, *La “cognitio” e la formazione dei principi teorici sull’efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, p. 146. Per la Costituzione contenuta in C. 7.57.7 si rinvia al prossimo paragrafo.

²⁴⁰ Vale la pena ricordare che Gordiano diventa imperatore nel 238, quando aveva solo tredici anni; nonostante la giovane età il suo essere imperatore è altamente significativo. Per una approfondita disamina sulla politica legislativa di Gordiano III si rinvia a A. NICOLETTI, *Sulla politica legislativa di Gordiano III*, Napoli, 1981, ove ampi riferimenti bibliografici.

subscriptionem ad libellum datam, talem, quae diversam partem in possessionem fundi mitteret, vicem rei iudicatae non obtinere non ambigitur.
PP. XII k. Febr. Gordiano A. II et Pompeiano cons. (a. 241).

L'articolato normativo prevede la regola che il giudice che ha dato luogo alla discussione deve *audire* ed *examinare* le allegazioni delle parti. Dispone altresì che la sottoscrizione data al libello, in forza della quale è concessa una *missio in possessionem*, non può avere forza di giudicato.

Prima facie la parte più feconda di spunti di riflessione per gli studiosi sembra essere la seconda, nella quale si fa riferimento ad una *missio in possessionem* - relativa ad una *singula res* - data direttamente dall'imperatore (che, all'uopo, sottoscrive la richiesta fatta con il *libellus*)²⁴¹. Da questo segmento del passo si ricava altresì che una *scriptio* imperiale, emanata su richiesta di una delle parti, non può prendere il posto della sentenza, di cui si attende l'emanazione da parte del giudice.²⁴²

Meno interessante potrebbe apparire la prima proposizione, nella quale è tracciata la regola generale in forza della quale il giudice che istruisce la causa deve ascoltare ed esaminare le allegazioni delle parti: quasi un banale brocardo, relativo ai poteri del giudicante. In realtà, proprio da questo segmento della costituzione parte della dottrina ha tratto spunto per sostenere l'usualità di motivare le sentenze nella *cognitio extra ordinem*. Di siffatta specifica attività svolta dal giudice, si sostiene, deve inevitabilmente rimanere traccia nel provvedimento decisorio che, dunque, si comporrà di una parte dispositiva e di una parte motiva. Proprio quest'ultima consentiva di verificare - anche in vista di un appello - in che termini il giudice aveva tenuto conto delle allegazioni delle parti²⁴³.

La tesi propugnata non appare del tutto convincente. Il binomio chiave sul quale punta questa ricostruzione è infatti dato dalle parole *audire et*

²⁴¹ In termini v. ARCARIA, 'Missio in possessionem' e 'cognitio' fedecommissaria, in *BIDR.* 89 (1986) p. 282 s.

²⁴² Così Pugliese, *La "cognitio" e la formazione dei principi teorici sull'efficacia del giudicato*, cit., 146, il quale ha cura di precisare che, analogamente, in materia fiscale C. 10.1.2 aveva precisato che la *computatio tabularii* non potesse valere come cosa giudicata a meno che non fosse stata approvata o ratificata dalla sentenza del *procurator*.

²⁴³ N. Scapini, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 250 s. La tesi è stata di recente ripresa da D. A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, cit. p. 423

examinare, che, considerati da soli, non mi sembrano particolarmente significativi: l'attività che il giudice è chiamato a svolgere, sintetizzata nel citato sintagma, non mi pare presenti profili di novità rispetto al passato²⁴⁴.

Certo, nel compito di presiedere al governo del processo, l'*examinare* imposto al giudice implica certamente un'intensità maggiore rispetto al semplice *audire*²⁴⁵; che questa attività, però, possa poi sfociare in una motivazione della sentenza mi sembra valutazione che non si possa ricavare limitandosi alla lettera della disposizione. Solo contestualizzandola ed inserendola nell'ambito di un successione normativa che investe il processo per regolamentarlo in ogni singolo aspetto e che, com'è noto, arriverà al riconoscimento di poteri inquisitori in capo al giudice, credo si possa riconoscere alla costituzione *de qua* un ruolo nel discorso sulla motivazione della sentenza.

4f. La motivazione della sentenza in C. 7.57.7

Di un secolo successiva è l'altra costituzione che chiude il titolo cinquantasettesimo, nella quale la dottrina ha cercato riscontri per supportare la tesi della presenza della motivazione nelle sentenze del giudice.

Si tratta di

C. 7.57.7 Imp. Constantinus A. ad Bassum pp.²⁴⁶: *Quod magno conflictu sententia decerni solet, id paucis litteris temere adscriptis definiri fas non est.*

²⁴⁴ Si veda sul punto M. LEMOSSE, *Cognitio. Étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique*, Roma, 1971, p. 240, il quale, dopo aver evidenziato che la costituzione di Gordiano richiama ancora una concezione tradizionale sul ruolo del giudice, ricorda proprio che i termini *audire* ed *examinare* richiamano un atteggiamento già descritto in Aulo Gellio.

²⁴⁵ R. FERCIA, "Aliud petere" e la metafora delle *óδοι*, in *Ledonline*, rileva come il "compito di governare la dialettica processuale segni il passaggio dal "*causam audire*" al più intenso dovere di *examinare*.

²⁴⁶ La costituzione ha destato interesse non solo relativamente al suo contenuto ma anche con riferimento alla sua intestazione. Destinatario del provvedimento è un certo *Bassum*. La sua esatta individuazione non è però agevole e la mancanza del gentilizio ha reso a lungo incerta l'attribuzione. Il ritrovamento di una epigrafe nella città di Aqua Viva ha permesso di chiarire

Il provvedimento sembrerebbe stabilire che quanto è solito essere definito (*definiri*)²⁴⁷ con sentenza dopo “*magno conflictu*” non può essere trascritto “*paucis litteris*”.

Nonostante sia scarno, il testo presenta numerosi profili di interesse.

Il primo dato che emerge è il richiamo al *fas*: non si tratta tuttavia di una novità per la legislazione costantiniana²⁴⁸. Rileva sul punto il Lauria che questo concetto pagano era destinato ad assumere nuova valenza nella società cristiana come sarebbe attestato anche da questo provvedimento con il quale, secondo lo studioso, l'imperatore “impose ai giudici di motivare le sentenze, riprovò i riassunti delle decisioni in poche parole, le quali contravvenivano al *fas*”.²⁴⁹

La descrizione del Lauria, quasi di stampo ‘impressionistico’, colpisce perché evoca l'immagine di un atto ufficiale che, recependo (forse) una prassi già seguita nei tribunali, avrebbe imposto, appunto, l'obbligo di motivare le sentenze.

In dottrina, tuttavia, la conclusione alla quale perviene lo studioso non è condivisa. Va rilevato, innanzitutto, che molti fra gli autori che pure si sono

qualche punto. La letteratura sul punto è molto ricca. Senza pretesa di esaustività si rinvia a: A. CHASTAGNOL, *Les préfets du prétoire de Constantin*, in *Rea* 70 (1968) 321; T. D. BARNES, *The new empire of Diocletian and Constantine*, London-Cambridge Mass. 1982, 129; R. VON HAEILING, *Die Religionszugehörigkeit der hohen Amtsträger des Römischen Reiches seit Constantins I. Alleinherrschaft bis zum Ende der Theodosianischen Dynastie (324-450 brz. 445 n. Chr.)*, Bonn 1978, 289; O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.*, Stuttgart 1919; rist. Frankfurt an Mein 1964; G. EVRARD, *Une inscription inédite d'Aqua Vita et la carrière des Iunii Bassi*, in *MEFR.* 74 (1962), = *AE* (Année Epigraphique) 1964, 203; J. R. PALANQUE, *La préfecture du prétoire de Iunius Bassus*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à A. Piganiol*, 2, Paris, 1966, 837.

²⁴⁷ Uno dei valori che questo termine può assumere nelle fonti giuridiche del periodo postclassico è appunto quello di decidere per via giudiziaria, arbitrale o transattiva: in questo senso si v. B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in on. di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 343 e poi p. 345, ove è richiamata la costituzione in esame.

²⁴⁸ Si v. a mero titolo esemplificativo: CTh. 9.19.2.2 (= C. 9.22.22.2) in cui qualifica *fas* l'obbligo di concludere i giudizi criminali entro l'anno (*ultimum autem finem strepitus criminalis, quem litigantem disceptantemque fas non sit excedere anni spatium limitamus*); C. 1.15.1 in cui ritenne *fas* l'osservanza delle norme sulla competenza giurisdizionale dei *praesides* (... *placuit has solas causas gravitati tuae ingiungere, in quibus ... tale negotium emergit, quod in praesidali iudicio terminari fas non est, vel quod per eosdem praesides diu tractatum apud te debeat terminari*). Per ulteriori riferimenti si rinvia a M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, III ed., Napoli, 1967, p. 328 ss.

²⁴⁹ Così testualmente M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne*, cit., p. 329.

occupati dell'argomento hanno trascurato di esaminare questa costituzione. Solo lo Scapini²⁵⁰, a quanto consta, le dedica attenzione, per sottolineare, tuttavia, che essa non rappresenta la trasposizione normativa dell'obbligo di motivare le sentenze, ma attesta piuttosto l'esistenza di una prassi in tal senso. Attribuita, infatti, alla locuzione *magno conflictu* il significato di 'discussione in contraddittorio tra le parti', la costituzione porrebbe la regola che, in giudizi con una articolata istruttoria, si debba decidere con sentenze e non con provvedimenti meramente dispositivi (come quelli indicati nella rubrica del titolo)²⁵¹, dai quali non sarebbe possibile evincere il percorso argomentativo fatto dal giudice sulla base delle allegazioni.

Non è facile cogliere, al di là della mera interpretazione letterale, l'esatta portata da attribuire al disposto normativo. Non sappiamo se quanto riportato, corrisponda pedissequamente al testo varato dall'imperatore. Certo è che la costituzione, datata 320 d.C., chiude il titolo cinquantasettesimo; circostanza questa che induce a pensare che, dopo Costantino, la prescrizione legislativa sia rimasta immutata e condivisa.

L'estrema sinteticità complica il lavoro interpretativo. Si sarebbe quasi indotti ad obiettare che Costantino sia incorso - a livello legislativo - in quello stesso vizio che denunciava a livello giurisdizionale: l'uso di 'poche parole', insufficienti a svelare appieno il senso di quanto disposto.

Nell'ordito del testo, due binomi si impongono all'attenzione del lettore: *magno conflictu* e *paucis litteris*.

Nel primo sintagma è la parola *conflictu* a destare interesse. Il termine rimanda ad un'accezione innanzitutto di stampo bellico poi, per traslato, giuridica²⁵². La trasposizione nel campo processuale si giustifica ove si consideri il rito giudiziario come una lotta con armi che potremmo definire caricate a salve, rese inoffensive e che, simbolicamente, pure sono presenti nel giudizio. Efficace sul punto la descrizione di Aulo Gellio che contrappone

²⁵⁰ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 251.

²⁵¹ Si tratta, come visto, di *comminationes, epistulas, programmata, subscriptiones*.

²⁵² Si v. ad esempio: H. E. DIRKSEN, *Manuale latinitatis fntium iuris civilis Romanorum*, sv. *Conflictus*, cit, p. 189; A. FORCELLINI *et alii*, *Lexicon totius latinitatis*, I, s.v. *Conflictus*, p. 577.

la realtà delle origini in cui ci si fa giustizia con ferro e violenza alla realtà civilizzata in cui le cose non sono trattate con la violenza bellica ma con il ricorso ad una violenza simbolica e civile (*vim illam civilem festucariam*)²⁵³. Nessuna meraviglia, allora, quando la dottrina definisce la sentenza come la fine di un combattimento giudiziale²⁵⁴. L'inserimento dell'aggettivo '*magnus*' vale a rendere le proporzioni di questa lotta simulata: una discussione che evidentemente non è relativa a questioni che oggi definiremmo 'bagattellari' ma a giudizi in cui si è assistito ad un conflitto serrato tra le parti, controversie particolarmente 'combattute', a porre fine alle quali sarà proprio una sentenza.

Per individuare le caratteristiche del provvedimento bisogna allora soffermarsi sul binomio *paucis litteris*. La scelta dei termini, infatti, non appare affatto casuale. Un'interessante chiave interpretativa, proposta dal Cuiacio²⁵⁵, evidenzia come la costituzione *non dicit paucis verbis* ma, appunto, *paucis litteris*. Quale sarebbe la differenza? Lo studioso afferma che la *brevitas sermonis sententiam non vitiat*: una pronuncia del tipo: *Titium Gaio centum condemno*, pur nella sua brevità, è perfetta²⁵⁶. La parola *litterae* sembra svelare il suo esatto significato se ad essa aggiungiamo l'aggettivo *singularias*. Singole lettere possono assumere un significato ben preciso (besti pensare a S.P.Q.R. per i Romani ma anche all'odierno P.Q.M. riportato proprio nelle decisioni), ma, secondo il Cuiacio, non possono trovare spazio in una sentenza che non ammette acronimi. Anche qui, però, è il corredo dell'aggettivo *paucis* che aiuta a completare l'interpretazione: poche parole sono più del semplice *condemno/absolvo*.

La costituzione sembrerebbe allora porsi alle radici di una duplice possibilità di decidere. Se c'è stata una grande contrapposizione delle parti

²⁵³ Gellio, *N.A.*, XX.10.10 *Idcirco Ennius significare volens gestum non, ut ad praetorem solitum est, legitimis actionibus neque ex iure manum consortum, sed bello ferroque et vera vi atque solida ...; quod videtur dixisse conferens vim illam civilem et festucariam, quae verbo diceretur, non quae manu fieret, cum vi bellica et cruenta.*

²⁵⁴ P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano. Con accenni al diritto intermedio*, I, Roma, Torino, Firenze, 1883, p. 152.

²⁵⁵ J. CUIACIO, *Opera omnia*, vol. VII, Prati, 1864, col. 1312.

²⁵⁶ Così come è perfetta la donazione in cui si dica solo *dono Titio centum* o il testamento in cui ci si limiti ad un *Lucius heres*.

con rappresentazione di posizioni diverse, la sentenza non si può limitare ad espressioni telegrafiche, ma deve farsi carico di lasciare traccia del *magno conflictu*: una pronuncia, quindi, certamente articolata e argomentata.

5. La Novella 121.

Il cammino intrapreso attraverso il *Corpus iuris* alla ricerca di tracce di sentenze motivate non poteva che completarsi con uno sguardo alle *Novellae*, che non hanno deluso le attese. A presentare profili di rilievo per la materia che ci occupa, in particolare, è la Novella 121, qui riportata nella sua versione latina. Essa reca:

Nov. 121: *Docuerunt enim Eusebius et Aphthonius potentiam nostram, se nepotes Demetrii esse ex Palladio Demetrii filio natos, Demetrium autem ab Artemidoro debiti nomine quingentos aureos mutuatum esse et usuras quoque stipulatum, atque nuper se sacram sanctionem impetrasse, quae si duplum debiti solutum sit, nullam adversus eos exactionem esse secundum leges nostras iuberet; Artemidori autem creditoris successores Epimachum et Artemonem dixisse, mentitos se esse in precibus suis neque auxilio nostro potiri debere: neque enim debito satisfactum, sed solos nongentos quadraginta novem aureos solutos esse. Palladium enim supplices dicunt ipsorum patrem una cum Paulo et Demetrio patre eius octingentos sexaginta septem aureos solvisse, Artemonem vero et Priscianam Artemidori liberos, Epimachi et Artemonis avos, dixisse solutionem per partes factam sortem non attigisse, sed omnia in usuras computari velle (idem autem sententiam quoque praesidis provinciae dicere), et propterea a Palladio pro priore quingentorum aureorum feneraticia cautione alteram sescentorum aureorum exegisse; iam se ipsos quoque dicunt diversis temporibus Palladium septuaginta duos, Eusebium et Aphthonium decem aureos solvisse, ut inde nongentorum quadraginta novem aureorum summa conficiatur; eum vero,*

*qui de eo negotio cognovisset, cum non considerasset unam esse totius accusationis causam, se non admisisse, sed in sortem sescentorum aureorum condemnare voluisse. Itaque petierunt ut hac necessitate exuerentur, et computato toto debito quingentorum aureorum, si unum et quinquaginta solverent qui reliqui essent ad mille solidorum quantitatem, et a toto debito liberarentur et feneraticiam cautionem sescentorum aureorum reciperent*²⁵⁷.

La Novella in esame interviene in materia di *usurae*, settore questo sul quale si registrano diversi interventi legislativi di Giustiniano²⁵⁸, volti, per lo più, alla diminuzione del saggio di interesse usualmente praticato (12%). Tra questi interventi si collocano due costituzioni: la prima (C. 4.32.26), qualificata come *generalis sanctio* ed emanata il 23 dicembre 528, da un lato, fissa al 6% il limite massimo del saggio di interesse applicabile e, dall'altro, per singole categorie (ad esempio mercanti banchieri o finanziatori di traffici marittimi) pone specifici limiti. L'impatto dell'intervento normativo sulla realtà esistente è dirompente tanto che nella prassi si tenta di ridurre la portata, ritenendo che la costituzione sia applicabile solo ai contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore. Si comprende in quest'ottica il successivo intervento di Giustiniano del 1° aprile 529 che, con una nuova costituzione (C. 4.32.27), nel respingere ogni *pravam interpretationem*, sancisce l'applicabilità della precedente disposizione agli interessi non ancora maturati, derivanti da pattuizioni concluse prima del 13 dicembre 528. In questo stesso provvedimento, Giustiniano ribadisce il divieto delle *usurae ultra duplum*, ovvero di quegli interessi che, con il decorso del tempo, hanno raggiunto e superato l'importo del capitale dovuto.

In tale contesto si inserisce il caso riportato dalla Novella 121, risolto, come risulta dalla *subscriptio*, nel 535 d.C. L'imperatore fornisce una

²⁵⁷ La traduzione è di Schell-Kroll (1872).

²⁵⁸ M. G. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di A. Biscardi, II*, Milano, 1982, p. 391, nt. 8 (ove anche ampi riferimenti bibliografici ai quali si rinvia), ricorda che, come pure da molti studiosi ipotizzato, gli interventi di Giustiniano in materia di *usurae* sarebbero stati ispirati a deliberazioni conciliari e al pensiero dei Padri della Chiesa.

interpretazione autentica della sua precedente costituzione²⁵⁹, con la quale era stata vietata l'accumulazione di interessi, precisando che il divieto si applicava agli interessi già pagati²⁶⁰.

L'intervento riguarda una vicenda piuttosto complessa. Gli eredi di un debitore, tal Demetrio, ottengono una *sacra sanctio* che li libera dal debito ove abbiano corrisposto al creditore a titolo di interessi una somma pari al doppio del capitale inizialmente ricevuto dal debitore. L'iniziativa è forse assunta per tutelarsi, in caso di chiamata in giudizio, da indebite pretese. La cautela è premiata perchè gli eredi del creditore agiscono in giudizio chiedendo la restituzione di quanto a sua tempo mutuato, contestando altresì la veridicità delle *preces* che avevano dato vita alla *sanctio*. Adducono gli attori che i vari adempimenti parziali ammontanti a 949 aurei, (cifra inferiore al doppio della somma di 500 aurei inizialmente erogata) sono da imputarsi agli interessi e non al capitale, del quale reclamano l'integrale restituzione (fra l'altro per un ammontare di 600 aurei, somma alla quale si era giunti attraverso una *cautio feneraticia*). I debitori si difendono invocando l'applicazione della *sanctio* e chiedono che della somma corrisposta si tenga conto anche ai fini dell'estinzione del debito principale, nonchè che, pagati 51 aurei, venga loro restituita anche la *cautio*. La sentenza accoglie la domanda dei creditori; da qui l'impugnazione dei soccombenti che si rivolgono all'imperatore, probabilmente per ottenere una risposta da presentare al

²⁵⁹ Il contenuto della Novella, infatti, si configura più come *lex* generalmente applicabile che come pronunzia su un caso specifico: così M. Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, cit. p. 401, nt. 37. Secondo R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*, Milano, 1990, p. 236 nt. 8 si tratterebbe di interpretazione giudiziale. Sul rilievo, tuttavia la Bianchini nota che non sembra pienamente fondata una attività interpretativa nel senso indicato dal Bonini, tanto più che lo stesso Autore finisce con il riconoscere che, nell'ipotesi in esame, l'intervento si traduce in atti aventi forza di legge.

²⁶⁰ Il principio enunciato da Giustiniano è divergente rispetto al precedente. Secondo una Costituzione di Caracalla, infatti, riportata ancora in C. 4.32.10, il decorso degli interessi si arrestava al momento del raggiungimento del capitale solo se si trattava di interessi non pagati e non anche, invece, nel caso di interessi pagati "*per tempora*". Giustiniano, ribadisce nella Novella, che in nessun caso l'ammontare complessivo degli interessi può superare il capitale. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. "usuræ supra duplum"*, in *Index* 2 (1971) p. 298.

giudice d'appello, e, quindi, l'intervento di Giustiniano che ritiene fondata la richiesta dei ricorrenti²⁶¹.

L'aspetto della vicenda che interessa la nostra ricerca riguarda ovviamente la pronuncia del governatore che condanna i debitori al pagamento di 600 aurei. L'errore nel quale incorre il giudice è evidente: ha considerato separatamente il pagamento della sorta capitale rispetto a quello degli interessi e, poichè nel caso di specie le *usurae* corrisposte non raggiungono il limite per l'operatività del divieto, ha accolto la domanda degli attori.

Il punto focale, è dato proprio dal fatto che il giudice non aveva considerato come unitaria la richiesta dei convenuti (*cum non considerasset unam esse totius accusationis causam*): lo sbaglio commesso dall'organo giudicante, secondo lo Scapini²⁶², non poteva apparire se non dalla motivazione della sentenza che aveva disatteso la richiesta dei debitori. Ulteriore argomento, dunque, a favore dell'usultà della motivazione.

²⁶¹ Da notare che la Novella è destinata allo stesso governatore che ha pronunciato la sentenza con l'invito a riesaminarla e riformarla. La circostanza è evidenziata da M. Bianchini, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, pp. 401 s.

²⁶² N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 253.

Capitolo V

Uno sguardo a trecentosessant gradi

Sommario: 1. Cenni introduttivi. 2. Di alcune sentenze nei documenti papirologici. 2.a Il Papiro Tebtunis 287. 3. I documenti epigrafici: La *Tabula Contrebiensis* ... e non solo.

1. Cenni introduttivi

Il discorso fin qui svolto sarebbe incompleto se non dessimo conto anche di tutta quella documentazione - fonte primaria di cognizione del diritto romano - che tramanda notizie sull'ordinamento romano e sulle sue applicazioni: si tratta di iscrizioni, papiri o ritrovati archeologici, il cui esame appare imprescindibile ad una visione completa sul tema della nostra ricerca²⁶³.

2. Di alcune sentenze nei documenti papirologici.

Molte informazioni sulla prassi giudiziaria, relative per lo più all'epoca imperiale sono ricavate da alcuni papiri ritrovati in Egitto. Si tratta di documenti, dai quali desumiamo prevalentemente una serie di notizie sulla procedura in generale (ad esempio che i procedimenti erano redatti per iscritto, verbalizzati); in alcuni casi, tuttavia, essi informano anche del contenuto specifico di alcuni giudizi.²⁶⁴

Diverse le testimonianze che ragguagliano circa giudizi svoltisi nell'Impero romano. Basti pensare al resoconto giudiziario risalente probabilmente all'epoca di Claudio in cui è attestata una causa in materia ereditaria²⁶⁵, o, ancora, alla 'cronaca giudiziaria', ricavata da due papiri,

²⁶³ Lo studio del diritto romano, ammoniva il Guarino anni or sono, deve basarsi su tutto ciò che ci parli di Roma: A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli, 1982, p. 287.

²⁶⁴ K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, cit., p. 752 s.

²⁶⁵ Il riferimento è a P. Mich. III 159 (FIRA III nr. 64, p. 190): *P. Matius centurio legionis III Cyrenaicae, adhibitis sibi in consilio M. Marcio Publii filio Falerna Optato dequrione ala Xoitana et L. Herennio Valente dequrione ala Apriana et Octavio Domestico dequrione ala Vocontiorum, causa ex utraque parte perorata cavitionibus perlectis sententiam dixit, qua sententia pronuntiavit videri sibi Dionysium Manlii filium fratrem esse fratris Dionysii qui decessisse dicitur, Apronium autem et Manlium esse sororis eius Dionysii filios natos, qui ipsi cavitiones proximitatis exhibuerunt eaque bona Dionysii quibus de agitur ad eum*

rispettivamente BGU I. 267²⁶⁶ eP. Strassb. 22²⁶⁷, relativi alla *praescriptio longi temporis*²⁶⁸.

Dionysium Manlii filium equitem missicium pertinere et ei addicenda esse videri. Il primo di essi risale probabilmente all'epoca di Claudio (41-42 d.C.) e riporta una sentenza relativa ad una causa in materia ereditaria. A contendersi il patrimonio di un cavaliere (*eques*), morto senza aver fatto testamento, sono i nipoti: più precisamente il figlio di un fratello da un lato e il figlio di una sorella dall'altro. La sentenza, resa dal centurione Matio, incaricato quale comandante del campo, dà ragione ai primi, perchè il figlio del fratello è da considerarsi parente "più prossimo".

²⁶⁶ [- ca.16 -]λογ[-ca.?- Αὐτοκ]ρ[άτωρ] Καῖσαρ [Λούκιος Σεπτίμιος Σεουήρος Εὐσεβ]ῆς Πέρ[τ]ιναξ [Σε]βαστὸς [Αραβικὸς Αδιαβη]γικὸς [Παρθικὸς Μέγιστος] καὶ Αὐτοκρά[τωρ] Καῖσαρ [Μάρκος Αὐρή]λιος Ἀντωνεῖνος Σεβαστὸς Ἰουλιανῆ Σω[σθ]ενιανοῦ διὰ Σωσθένους ἀνδρός· [μ]ακρὰς νομῆς παραγραφητοῖς δικαί[α]ν αἰτ[ί]αν ἐσχηκόσι καὶ ἄνευ τινὸς ἀμφισβήτησεως ἐν τῇ νομῇγενομ[έν]οις πρὸς μὲν τοὺς ἐν ἀλλοτρίᾳ πόλει διατρίβοντας ἐτῶν εἴκοσι ἀριθμῶ βεβαιοῦται, τοὺς δὲ ἐπὶ τῆς αὐτῆς ἐτῶν δέκα . προετέθη ἐν Ἀλεξανδρείᾳ. η (ἔτους) Τῦβι γ. (*Imperator Caesar Lucius Septimius Severus Pertinax Aug. Arabicus Adiabenicus . . . Parthicus Maximus et imp. Caesar Marcus Aurelius Antoninus Augustus Iulianae Sostheniani filiae per Sosthenem maritum. Longae possessionis praescriptio iis, qui iustam causam habuerunt et sine ulla controversia in possessione fuerunt, adversus eos qui in alia civitate morantur annorum viginti spatio confirmatur, adversus eos autem qui in eadem annorum decem. Proposita Alexandreae, anno VIII, Tybi III*).

²⁶⁷ P. Strasb. I, 22. I. θεοὶ Σεουήρος καὶ Ἀντωνίνοῦ Ἰου[λ]ιανῆ | Σωσθένους διὰ Σωσθένους ἀνδρός. | μακρὰς νομῆς παραγραφῇ τοῖς δικαί[α]ν | αἰτίαν ἐσχηκόσι καὶ ἄνευ τινὸς ἀμφισβ[η]τήσεως ἐν τῇ νομῇ γενομένοις πρὸς μ[ε]ν | τοὺς ἐν ἄλλῃ πόλει διατρίψαντας ἐτῶν εἴκοσι | ἀριθμῶ βοηθοῦνται, πρὸς δὲ τοὺς ἐπὶ τῆς αὐτῆς | δέκα . προετέθη ἐν Ἀλεξανδρ[ο]είᾳ | η (ἔτει) Φαρμοῦθι κδ. | II. Σουβατιανοῦ Ἀκύλα ἡγεμονεύσαντος. | (ἔτους) ιε Φαμενώθ ιζ κληθέν[τ]ων Σαβεῖνου | καὶ Μαξίμου Διονυσίου καὶ ὑπακο[υ]σάντων | μεθ' ἑτερα· Ἀκύλας εἶπεν· τί ἀποκρίνη | πρὸς τὸν χρόνον [τ]ῆς νομῆς, ὥς φησι[ν] με-τὰ τὴν ὥρην τῆς Ταυσοράπιος ἐτῶ[ν] σχε-δὸν δέκα τεσσάρων , καὶ τὴν ἐν τούτῳ σιωπῇν; | Ἀσκληπιάδης ῥήτωρ εἶπεν· γέγονεν. Ἀκύ-λας εἶπεν· διατάξεις εἰσὶν τῶν κυρίων περὶ | τῶν ἐν τοῖς ἔθνεσιν οἰκούντων· ἂν ἄλλα-χόσε νομὴ παρακολουθήσῃ ἔχοντός τινος | ἀφορμὴν καὶ ἂν βραχεῖαν δικαίαν κατοχῆς, | σιωπήσαντος τοῦ νομίζοντος αὐτῷ διαφέρειν | καὶ ἀνασχομένου ὑπὲρ δεκαετίαν, ἔχειν τ[ὸ] βέ-βαιον τοὺς κατασχόντας. III. Μετ'τίου Ῥούφου ἡγεμονεύσαντος. (ἔτους) ι | Ἀθὺρ κδ κληθέντος Σαλουστίου Καπί-τωνος πρὸς Ἰουλίαν Πυθαροῦν καὶ εἰπόντο[ς] | τῶ[ν] ὑ[π]ομνηματογρ[ά]φον Μαικιανὸν ἀκηκοέναι περὶ τοῦ | πρ[ό]μ[α]τος, μεθ' ἑτερα· Μέτ'τιος Ῥούφος | Καπίτωνι εἶπε[ν]· οὐδεμίαν παρείδουσιν ἔχεις, | ἢ γὰρ γ[υ]ν[ή] ἐν τῇ νομῇ γέγονεν πολλῶ χρόνῳ. παρ' ἡ-μῖν δ[ὲ] ἰδού ἢ [δ]ι' ἑνιαυτοῦ νομὴ αὐτάρκης ἐστὶν [εἰς] δε[σ]ποτίαν. (*I. Divi Severus et Antoninus Iulianae Sosthenis filiae per Sosthenem maritum. Longae possessionis praescriptio eis qui iustam causam habuerunt et sine ulla controversia in possessione fuerunt, adversus eos qui in alia civitate morantur annorum vigintispatio confirmatur, adversus eos autem qui in eadem (annorum) decem. Proposita Alexandreae anno VIII, Pharmuthi XXIV. II. Subatiano Aquila praefecto anno XV, Phamenoth XVII. Vocatis Sabino et Maximo Dionysii filiis et auditis, post alia: Aquila dixit: 'Quid respondes de tempore possessionis, cum dicant esse post emptionem Pausorapidis annorum fere XIV, et de silentio in hoc tempore? 'Asclepiades rhetor dixit: 'Fuit'. Aquila dixit: 'Sunt constitutiones principum de eis qui in provinciis habitant: si possessio ad alium pervenit qui habeat quoddam initium possessionis, quamvis breve iustum tamen, cum is qui putat sua interesse taceat nec agat plus decem annis, habere firmitatem possidentes'. III. Mettito Rufo praefecto a. X, Hathyr XIV. Vocato Sallustio Capitone adversus Iuliam Pytharum et dicente scribam actorum Maecianum se audivisse de causa, post alia: Mettius Rufus Capitoni dixit: 'Nullam habes cavillationem, mulier enim in possessione longo tempore fuit. Apud nos, autem, vide, annalis possessio sufficit ad dominium (firmandum)'*).

²⁶⁸ I due papiri egizi, nel riferire un rescritto di Settimio Severo e Caracalla (199 o 200 d.C.), menzionano per la prima volta la *longae possessionis praescriptio*, mezzo di difesa processuale concesso dal magistrato a tutela di chi avesse pacificamente posseduto per dieci

2. Il Papiro Tebtunis 287.

Particolarmente confacente al tema della presente indagine si è rivelato un papiro, risalente al tempo dell'imperatore Adriano, nel quale sono rimaste tracce di ben due giudizi²⁶⁹. Si tratta di:

P. Tebt. 287 [ἐ]κ μέρους ἀποκρίματος θεοῦ Ἀδριανοῦ. | ἔ[τους] C C Ἀδριανοῦ Καίσαρος τοῦ κυρίου Ἀθὺρ ιζ, Ἀπολλωνίδης | [π]ρ[ὸ]ς Κλαύδιον Ἀντωνῖν[ο]ν. μεθ' ἕτερα Αἴλιος Ἀδριανός· | [κ]αὶ [π]ρ[ὸ]ν σοι ἀπεφηνάμην ὅτι τὸ ἐ[π]ίκριμά μου βοηθεῖ [σ]οι | [κ]αὶ [τὴν] Φιλωτέραν δὲ οἶμαι κρατίστην οὖσαν καὶ ἐπὶ τῷ | ἀ[ρίστῳ] ἐμοὶ γνωρίμην οὐδένσε ἀδικήσῃ καὶ μάλιστα | εἰδ[υῖαν] ὅτι νομὴ ἄδικος [οὐ]δὲν ἰσχύει, σὺ δὲ περὶ τῶν | οὐ ζη[τ]ουμένων ἐνοχλεῖς<ν> μοι θέλεις ἔχων τὸν ἐπίτρο-|πον [τ]οῦ {του} δανειστοῦ ὃς ἀποκαταστήσει σοι τὰ σώματα. | Φλαύιος Ἰουγκεῖνος· ἀκολουθῶς ταῖς τοῦ κυρίου ἡμῶν | ἀποφάσεσι τὰ σώματα καὶ τὰς ἐργασίας ἀπολήμψεται | Ἀπολλ[ω]νίδης παρὰ τοῦ Ἀντωνίνου τοῦ κληρονόμου. | Ἰούλι[ο]ς Θεὸν τῶν ἱερονικῶν καὶ ἀτελῶν νεω-|κ[όρος] τοῦ μ[ε]γ[άλ]ο[υ] Σαράπιδος [γ]ενόμενος ἀρχιδικαστῆς | [ἱ]ερεὺς καὶ ὑπομνη[μα]τ[ο]γ[ρά]φος· ἀνασ[τὰ]ς εἰς [σ]υμ-|βούλιον καὶ σκεψάμ[ενος] με[τὰ] [τ]ῶν [π]α[ρό]ν[των] | [ὑ]πηγόρ[ε]υσεν ἀπόφα[σιν] ἢ καὶ ἀνεγνώσθη κα[τὰ] λε-|ξ[ιν] οὐ[τ]ὼς ἔχουσα· [...] ἐκτῶν ὧν κ[α]ὶ ἐ[κ] τῆς | τῶν ἀρ<χι>τεκτόνων πρ[ο]σφωνήσεως κ[α]ὶ ἐκ τῆς | ἀ[ν]τοψ[ί]ας ἣν ἐγὼ ἐπεῖδον, ἡ οἰκία τῇ Πτολέμα | προσήκει. **περὶ γὰρ τῆς νομῆς οὐδὲν ζητεῖν | δεόμεθα προσκυνεῖν | ὀφείλοντες τὰς ἀνα-|γνῶ[σ]θ[ε]ίσας τοῦ θεοῦ Τ[ρ]αϊανοῦ καὶ τοῦ κυρίου ἡμῶν | Ἀδρια[νο]ῦ Καίσαρος Σεβαστ[οῦ] ἀποφ[ά]σεις²⁷⁰.**

o venti anni e dovesse resistere ad una *rei vindicatio*. Di derivazione greca ed ellenistica, l'istituto, assumendo connotazioni affatto peculiari, riesce ad approdare, nell'impero romano grazie al terreno fertile che l'Egitto greco-romano presentava (si veda sul punto: M. AMELOTI, s.v. *Prescrizione (diritto romano)*, cit., p. 42 sottolinea che sebbene l'istituto richiami sia la παραγραφή riconosciuta al convenuto nel processo attico sia il riconoscimento in sede processuale del valore estintivo del tempo, non è comunque possibile individuare una linea retta). Dal raffronto fra i due testi emerge immediatamente la similitudine fra i contenuti. Entrambi, infatti, riferiscono il principio in forza del quale il possesso ininterrotto per vent'anni (se si vive in città diverse) o per dieci anni (se si vive nella stessa città) determina l'acquisto della proprietà. E' tuttavia il secondo documento, risalente al III sec. d.C. ad assumere particolare rilievo contenendo quel *quid pluris*, importate ai nostri fini: le tracce di una sentenza. A richiedere l'intervento del governatore è un soggetto che rivendica il diritto di proprietà su un bene acquistato quattordici anni prima da una donna e rimasto in possesso di quest'ultima. La decisione è favorevole alla convenuta.

²⁶⁹ L'epoca della controversia e il luogo in cui la stessa si svolge inducono a riferire il processo alla *cognitio extra ordinem*: in tal senso v. M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 343, richiamato da N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 243.

²⁷⁰ *Ex decreto divi Hadriani. Anno VI Hadriani Caesaris domini, mense Hathyr XVII, in causa Apollonidis cum Claudio Antonino. Post alia Aelius Hadrianus: "Iam pridem certiore te feci decretum meum tibi prodesse, nec puto Philoteram, feminam egregiam et mihi optime cognitam, ullam iniuriam tibi facturam, maxime cum sciat nihil valere iniustam possessionem: tu autem de rebus haud controversis molestus mihi esse vis, qui creditoris tutorem servos tibi restitutum habes". Flavius Iuncinus: "Secundum domini nostri decreta accipiet Apollinides servos operasque ab Antonino herede". Iulius Theon ex hieronicis et*

Il documento esordisce con la ‘rubricazione’ di una controversia tra un certo Apollonide e un tale Claudio Antonino. Segue poi il rescritto dell’imperatore nel quale si legge che Filoterà (*feminam egregiam*) non avrebbe mai perseverato con un possesso iungusto, non convalidabile (*nihil valere iniustam possessionem*). “Agisse pure Apollonide con la rivendica degli schiavi e non importunasse con molestie inutili su ciò che non era oggetto del contendere” che, appunto, non avrebbe insistito di fronte ad un possesso ingiusto. Flavio Iuncino emette quindi una sentenza favorevole all’attore al quale dunque vanno restituiti gli schiavi²⁷¹.

Chiude la ‘cronaca giudiziaria’ la sentenza di un certo Giulio Teone. Nel decidere in favore di una donna Ptolema che aveva rivendicato il diritto di proprietà su una casa avverso un terzo che possedeva il bene, il giudice motiva di aver accertato tale diritto in forza del contratto (*ex documentis emptionum*), delle prove assunte (*architectorum testimonio*) e della ispezione dei luoghi (*item ex inspectione quam ipse feci*).²⁷²

Sia il Visky²⁷³ che poi lo Scapini²⁷⁴ evidenziano come il documento contenga l’esplicitazione delle ragioni che avevano condotto il giudice alla sua decisione. Aggiungerei che, leggendo la fonte, si avverte netta la sensazione di un passaggio da una proto-motivazione ad un germoglio se non

immunibus, magni Sarapidis aedituus, iam iuridicus et sacerdos et a commentariis, in consilio stans et cum assessoribus locutus sententiam pronuntiavit, quae etiam recitata est, ita se habente: “(Post alia) ex documentis emptionum et architectorum testimonio, item ex inspectione quam ipse feci, domus ad Ptolemam pertinet. De possessione autem nihil nobis est inquirendum, cum venerari nos oporteat quae recitata sunt divi Traiani et domini nostri Hadriani Caesaris Augusti oracula”. O

²⁷¹ Seguendo la scansione del documento la vicenda non appare chiarissima. Soprattutto non è chiaro il ruolo di Filoterà posto che contendenti del giudizio appaiono Apollonide e Claudio Antonino. Secondo la ricostruzione degli editori la donna avrebbe continuato, anche dopo l’adempimento della prestazione, a possedere gli schiavi che le erano stati concessi a garanzia di un debito. Ritiene, invece, il G. BORTOLUCCI, rec. a *The Tebtunis Papyri*, B. P. GRENFELL, A. S. HUNT, E. J. GOODSPEED, London, 1907, in *BIDR.*, 20 (1908), p. 79, nt. 1, che Claudio Antonino sia stato citato in giudizio quale erede di Filoterà, morta durante la causa.

²⁷² G. BORTOLUCCI, rec. a *The Tebtunis Papyri*, B. P. GRENFELL, A. S. HUNT, E. J. GOODSPEED, London, 1907, in *BIDR.*, 20 (1908), p. 78 s

²⁷³ K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, cit., p. 751.

²⁷⁴ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., pp. 243 s.

completamente fiorito, certamente rigoglioso: non un semplice cenno, un indizio sussurrato ma un ordito esplicativo articolato, per giunta, in più punti.

3. I documenti epigrafici: La *Tabula Contrebiensis* ... e non solo.

Di grande interesse, anche sotto il profilo della ricostruzione della prassi giudiziaria, è un bronzo scoperto nel novembre del 1979 nella località di Botorrita nei pressi di Zaragoza e noto anche come *Tabula Contrebiensis* o bronzo di Contrebia, dal nome della città. Il documento epigrafico risale all'87 a.C.²⁷⁵. Vi si narra di una controversia sorta in seguito all'acquisto che i Salloviensi fanno da parte dei Sosinestani di un *ager*, nonostante l'opposizione degli Allavoniensi. Chiamato a dirimere la controversia, su investitura del governatore Valerio Flacco, è il Senato di Contrebia.

L'epigrafe, che si compone di venti righe, divisibili in quattro paragrafi distinguibili perché le linee 1, 6, 12 e 15 hanno un rientro a sinistra maggiore rispetto alle altre, consente di ricostruire con molta verosimiglianza tutti i termini della controversia, conclusasi *secundum Salluienses*.

1. *Senatus Contrebie[n]sis quei tum aderunt iudices sunt. Sei par[ret ag]rum quem Salluienses*
2. *[ab Sosinest]ane[is] emerunt rivi faciendi aquaive ducendae causa qua de re agitur Sosinestanos*
3. *[iure suo Sa]lluiensibus vendidisse inviteis Allavonensibus; tum sei ita [p]arret eei iudices iudicent*
4. *eum agrum qua de re agitur Sosinestanos Salluiensibus iure suo vendidisse; sei non parr[e]t iudicent*
5. *iur[e] suo non vendidi[sse.]*
6. *Eidem quei supra scriptei [sunt] iudices sunt. Sei Sosinestana ceivitas esset, tum, qua Sallu*

²⁷⁵ La data è ufficialmente riportata nell'iscrizione dove al rigo 20 si legge *Actum [C]ontrebiae Balaiscae eidibus Maieis, L. Cornelio Cn. Octavio consulib[us]*.

- ienses
7. novissime publice depalarunt qua de re agitur,
sei [i]ntra eos palos Salluiensis rivom per agrum
 8. publicum Sosinestanorum iure suo facere licere[t]
aut sei per agrum preivatam Sosinestanorum
 9. qua rivom fieri oporteret rivom iure suo Sa-
lluie[n]sibus facere liceret dum quanti is a[ger]
aestumatu[s]
 10. esset,qua rivos duceretur, Salluienses pequni-
am solverent, tum, sei ita [p]arret, eei iudices iu-
dicent
 11. Salluiensibus rivom iure suo facere licer[e]; sei
non parret iudicent iure suo facere non licere.
 12. Sei iudicarent Salluiensibus rivom facere licere, tum
quos magistratus Contrebiensis quinque
 13. ex senatu suo dederit eorum arbitrato pro agro
preivato q[u]a rivos ducetur Salluienses
 14. publice pecuniam solvonto. Iudicium addeixit C.Va-
lerius C.f. Flaccus imperator.
 15. **Sententia]m deixerunt: quod iudicium nostrum est
qua de re agitur secundum Salluienses iudicamus.**
Quom ea res
 16. iud[ic]atas[t mag]is[t]ratus Contrebienses heisce fue-
runt: Lubbus Urdinocum Letondonis f. praetor; Les-
so Siriscum
 17. Lubbi f. [ma]gistratus; Babbus Bolgondiscum Ablo-
nis f. magistratus; Segilus Annicum Lubi f. magis-
tratus;
 18. [--]atu[----]ulovicum Uxenti f. magistratus;
Ablo Tindilicum Lubbi f. magistratus. Caussam Sa
llui[ensium]
 19. defen[d]it ---]assius [-]eihar f. Salluiensis.
Caussam Allavonensium defendit Turibas Teitabas f.
 20. [Allavo]n[en]s[is]. Actum [C]ontrebiae Balaiscae ei-
dibus Maieis, L. Cornelio Cn. Octavio consulibu[s].²⁷⁶

Dai primi tre paragrafi è possibile ricostruire il *thema controversum*, l'ultimo è invece dedicato alla sentenza. Protagonisti del giudizio sono due comunità iberiche.

Viene innanzitutto chiesto di verificare se l'*ager* che i Salluviensi²⁷⁷ comprarono dai Sosinestati per costruire un canale di conduzione dell'acqua

²⁷⁶ Il testo riportato è ripreso dal D'Ors (A. D'ORS, *Las formulas procesales del "Bronce de Contrebia"*, cit. p. 5) che, a sua volta, si è basato sugli studi del Fatás. A quest'ultimo si devono i primi studi sul bronzo e sul suo restauro. I risultati dei primi studi sono in FATÁS, *Noticia del nuevo Bronce de Contrebia*, BRAH. 176 (1979) 421 ss.

(*agrum quem salluienses ab Sosinestaneis emerunt rivi faciendi aquaive ducendae causa*) fu dai primi venduto con pieno diritto (*iure suo*), nonostante l'opposizione degli Allavonensi (*inviteis Allavonensis*)²⁷⁸.

Più complessi i termini della disputa riportati nel secondo paragrafo. Si discute qui se l'*ager* delimitato dai Salloviensi faccia parte della *Civitas Sosinestana* (*Sosinestana Ceivitas esset tum qua novissime publice depalarunt*); se sia consentito per i Salloviensi costruire un canale attraverso terreno pubblico dei Sosinestani oltre quei limiti fissati o se, invece, sia lecito ai Salloviensi costruire il canale su terreno privato dei Sosinestani (nel qual caso sarà necessario un indennizzo).

Nella terza formula, si fa l'ipotesi che i Salluviensi abbiano lecitamente costruito l'opera idrica; in questo caso, laddove abbiano 'invaso' l'*ager privatus*, devono pagare un indennizzo secondo quanto sarà stabilito.

A fronte di una minuziosa descrizione dei fatti, la parte relativa al *decisum* appare piuttosto scarna: *quod iudicium nostrum est qua de re agitur secundum Salluienses iudicamus*. A parte la formale dichiarazione sulla competenza (*quod iudicium nostrum est*), infatti, la pronuncia sembra limitarsi al solo dispositivo (*secundum Sallvienses iudicamus*), senza alcun riferimento alle ragioni sottese a questo "momento volitivo". Non meraviglia, quindi, se parte della dottrina, pur in generale possibilista sull'eventualità che nella prassi dalle sentenze trasparisse la *ratio decidendi*, abbia additato questo bronzo come chiara ipotesi di assoluta mancanza di motivazione²⁷⁹. Va subito precisato, comunque, che secondo parte della dottrina la Tavola attesterebbe un arbitrato volontario²⁸⁰.

²⁷⁷ La città iberica di Salduie o Salluie probabilmente apparteneva ai Sedetani, popolo in buone relazioni con i Romani. Si legge in Plinio, *nat. hist.*, 3.3.24 che la *colonia immunis Caesaraugusta* (Zaragoza) siede *ubi antea oppidum vocabatur Salduba* e si trovava nella *regio Sedetania*. Tra l'altro, la città è nota sia per alcuni reperti numismatici sia per la notizia di una *turma Salluitana* che Pompeo Strabone gratifica per il suo eroismo. Sul punto si v. J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, *Comento giuridico sul bronzo di Contrebia*, in *BIDR.* 24 (1982) p. 286, ove ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁷⁸ Si tratta dei cittadini di Alavona o Alau, città iberica nota anch'essa dalla numismatica.

²⁷⁹ N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, cit., p. 240, nt. 23.

²⁸⁰ A. TORRENT, *Conciderationes juridicas sobre el Bronce de Contrebia*, in *Cuadernos de trabajos de la Escuela española de Historia y Arqueología en Roma*, 15 (1981) p. 95 ss.

In particolare, il Nieva Fenoll²⁸¹ ritiene che alle radici di questa omissione vi siano diverse considerazioni: più che immaginare un analfabetismo dei giudici, - ipotesi questa poco probabile proprio alla luce del ritrovamento - lo studioso sottolinea che in questo periodo, non era abitudine, se non eccezionalmente, corredare le sentenze della relativa motivazione; evidenzia altresì la mancanza di una specifica norma sul punto (giustificabile con la circostanza che entrambi i contendenti, attore e convenuto, dovevano essere presenti fino alla 'lettura' della sentenza, momento nel quale, forse, si davano anche maggiori spiegazioni) denuncia l'assenza della possibilità di impugnare la decisione (ragion per cui la motivazione avrebbe rappresentato poco più di una magra consolazione). Il rigore della posizione espressa in merito all'assenza della motivazione nel giudizio del bronzo di Contrebia, non impedisce al Nieva Fenoll di aprire uno spiraglio, formulando una tesi 'possibilista'. Lo studioso, infatti, pur non indicandole, non esclude che in ipotesi eccezionali le pronunce fossero 'accessoriate'. A destare interesse, però, è soprattutto la valutazione di tipo comparativistico con il diritto dei Sumeri risalente a duemila anni prima che, nota il Nieva Fenoll conosceva le sentenze motivate²⁸²: una riflessione la cui ulteriore elaborazione, però, non può che essere rinviata a futuri nuovi ritrovamenti.

La dottrina più recente, tuttavia, sembra analizzare la Tabula Contrebiensis in una prospettiva diversa.

La laconicità della parte relativa al *decisum*, - si fa rilevare - è compensata da un'ampia narrazione del fatto di causa che, comunque la si consideri, *nel momento in cui si rivolge alle parti e a chiunque si ponga come uditore, rappresenta, senza dubbio, una sorta di motivazione sul fatto stesso*: è questa l'interessante conclusione alla quale perviene il Mancuso,²⁸³

²⁸¹ J. NIEVA FENOLL, *El primer escrito judicial de Hispania: reflexiones de derecho procesal sobre el Bronce II de Botorrita o Tabula Contrebiensis*, in *Justicia*, 2008, 1-2, p. 388 ss., ritiene che la ragione della decisione si possono solo immaginare e non conoscere realmente perché la sentenza è priva di motivazione.

²⁸² In merito al diritto dei Sumeri il Nieva Fenoll rinvia ad A. FALKENSTEIN, *Die Neusumerischen Gerichtsurkunden*, München, 1956.

²⁸³ F. MANCUSO, *La motivazione della sentenza nel diritto comune: exprimere causam in sententia nel pensiero dei giuristi medievali (sec. XII-XIV)*, cit., p. 20.

offrendo una prima, inedita interpretazione del bronzo. Su questa scia si sono posti di recente anche altri Autori.

Precisato che il bronzo si limita a riportare la notizia del processo e non può per ciò solo essere confuso con un atto processuale, ricordato, inoltre, che i giudici decidono rispettando i limiti della *litiscontestatio*, l'Aliste Santos²⁸⁴ sottolinea come la fedeltà alla formula impone che la sentenza si fondi su ciò che risulta provato, e non su un capriccio del giudice (*sic volo, sic iubeo* ecc.); esprima una volontà che potremmo definire 'guidata'. Lo schema sillogistico che, secondo l'Autore, sarebbe riproposto dalla sentenza (con premessa maggiore fondata su elementi di diritto, premessa minore basata sulle circostanze di fatto e conclusione data dagli elementi di prova che integrano la premessa minore del sillogismo) comporta che la decisione del giudice non può essere frutto di mero arbitrio o capriccio ma è ancorata alle risultanze probatorie del processo, ragion per cui la decisione sarà implicitamente motivata dalle enunciazioni delle parti.

Rispetto al bronzo di Contrebia, dunque, dalla dottrina ricaviamo due interpretazioni completamente divergenti. Gli elementi sui quali le tesi si fondano, da soli considerati, non appaiono tuttavia essere sufficientemente convincenti per l'adesione all'una o all'altra ipotesi.

La chiave di volta credo si trovi nel modo di interpretare le diverse *formulae* riportate nel Bronzo. Parte della dottrina ha ritenuto che la Tabula svelerebbe l'uso di *formulae* fuori dalla città di Roma ancor prima che la relativa procedura si affermasse nell'Urbe: un'anticipazione dunque di un *modus agendi* che successivamente sarebbe approdato anche nel Foro romano²⁸⁵. Secondo la prospettazione del De Los Mozos Touya²⁸⁶, tuttavia, il programma processuale rappresentato nel bronzo sarebbe "molto simile" ma non coincidente con le formule processuali dell'*agere per concepta verba*. Queste ultime, infatti, erano strutturate sul modello di una clausola condizionale consistente nell'accertamento di un fatto o di un diritto. Nella

²⁸⁴ T.J. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales*, cit., p. 46

²⁸⁵ A. D'ORS, *Las formulas procesales del "Bronce de Contrebia"* in *Anuario de Historia del derecho español*, Tomo L, Madrid, 1980, pp. 5 s.

²⁸⁶ DE LOS MOZOS TUOYA, *Commento giuridico sul bronzo di Contrebia*, cit., p. 287.

Tabula, invece, secondo lo studioso, troviamo prevista come condizione per la pronuncia “la liceità dell’attuazione di una iniziativa”. Più che alle istruzioni da inviare al giudice o ad un documento per definire formalmente i termini di una lite, sembrerebbe secondo questa ipotesi, che l’epigrafe sia stata redatta *ex post*, per dare pubblicità alla decisione in essa contenuta. In sostanza l’epigrafe riprodurrebbe *sub specie formularum* parti della sentenza, della quale si indicavano i presupposti della decisione per evidenziare meglio la fondatezza del diritto dei Sosinestani.

Difficile dire se l’estensore del testo abbia ripreso esattamente i termini della *formula*²⁸⁷ o se, invece, abbia riportato il contenuto della sentenza. D’altra parte, la prolissità del testo può colpire solo se raffrontato con la Tabula TH. 85 che restituisce una *sententia iudicis* databile al 30 marzo (o 11 aprile) 47,²⁸⁸ in cui ci si limita all’espressione - tra l’altro usata per la prima volta - *formula tralaticia absolvit*,²⁸⁹ appare, invece, conforme allo stile di un’altra epigrafe, la Tabula di Esterzili²⁹⁰ nella quale, è riportata la decisione

²⁸⁷ Se si accetta la ricostruzione del d’Ors, si può anche giustificare la non perfetta coincidenza tra le *formulae* con la circostanza che, essendo questa un’anticipazione dell’*agere per concepta verba*, la loro elaborazione poteva anche essere *in fieri*.

²⁸⁸ Questo il contenuto della Tabula: *C. Manlius C. f. Ste(latina) Tacitus iudex [inter P.] Vedium Carum cognitorem [M. Cae]cili Natalis [et] Q. Vibium Ampliatum co[gnito]rem C. Caecili [Zeno]nis coram [pal]am utriusque praesentibus [iudica]vit et [Q. Vibium Ampliat]um formula [tr]alatici [a absolvit]. In co(n) si[lio] afdue[runt] Q. Horte(n)sus Q. f. St[e(latina) B]laesus C. Turranius C. [f.] Ser(gia) Calvinus. Actum III k(alendas? Vel Ifd(us)) Apriles C. Calpetano Sedato M. Hordeonio cos.*

²⁸⁹ Sulla Tabula e sul significato di *formula tralaticia* si rinvia a G. CAMODECA, *Nuovi dati dalla riedizione delle Tabulae ceratae della Campania*, in *Atti del Congresso Internazionale di epigrafia greca e latina* (Roma 1997), Roma, 1999, p. 521 ss. Lo studioso, rilevato che nell’*intentio* della formula era indicato il nome del *dominus litis* (C. Caecilius Zenon) ma nella *condemnatio* era riportato quello del suo *cognitor* (Q. Vibius Ampliatus), ritiene che la locuzione ‘*formula tralaticia*’ indichi appunto le azioni a trasposizione di soggetti.

²⁹⁰ *Imp. Othone Caesare Aug. cos. XV k. Apriles / Descriptum et recognitum ex codice ansato L. Helvi Agrippae procons(ulis) quem propulit (i.e. protulit) Gn. Egnatius / Fuscus scriba quaestorius in quo scriptum fuit it quod infra scriptum est tabula V c(apitibus) VIII / et VIII et X. III Idus Mart. L. Hevius Agrippa proco(n)s(ul) caussa cognita pronuntiavit: / (5) “Cum pro utilitate publica rebus iudicatis stare conveniat et de caussa Patulcensi/um M. Iuventius Rixa, vir ornatissimus, procurator Aug(usti) saepius pronunt<i>averat fi/nes Patulcensium ita servandos esse ut in tabula ahenea a M. Metello ordinati / essent ultimoque pronuntiaverit Galillenses frequenter retractantes controver/sia(m) nec parentes decreto suo se castigare voluisse sed respectu clementiae optumi / (10) maximique principis contentum esse edicto admonere ut quiescerent et rebus / iudicatis starent et intra k. Octobr(es) primas de praediis Patulcensium decederent vacuamque possessionem traderent; quodsi in contumacia perseverassent, se in auctores / seditionis severe animadversurum; et postea Caecilius Simplex, vir clarissi/mus, ex eadem caussa aditus a Galillensibus dicentibus tabulam se ad eam rem / (15) pertinentem ex tabulario principis adlaturos, pronuntiaverit humanum esse / dilationem probationi dari et in k. Decembres trium mensium spatium*

relativa ad una lite sorta tra le popolazioni dei *Patulcenses* e dei *Galillenses*. è bene subito precisare, tuttavia, che l'affinità tra il Bronzo di Contrebia e la citata *Tabula* di Esterzili si limita alla modalità articolata con cui si dà conto della vicenda; per il resto le due epigrafi non sono comparabili attenendo la primo probabilmente alla procedura formulare e la seconda alla *cognitio extra ordinem* e, soprattutto, restando ancora dubbia la natura del provvedimento emanato dal proconsole in relazione alla controversia.

*dederit in/tra quem diem, nisi forma allata esset, se eam quae in provincia esset secuturum; / ego quoque, aditus a Galillensibus excusantibus quod nondum forma allata esset, in / k. Februarias quae p(roximae) f(uerunt) spatium dederim et moram (i)llis possessoribus intellegam esse iucun/ (20) dam: Galil(l)enses ex finibus Patulcensium Campanorum quos per vim occupaverint intra k. / Apriles primas decedant: quod si huic pronuntiationi non optemperaverint, sciant / se longae contumaciae et iam saepe denunciata(e) animadversioni obnoxios / futuros". In consilio fuerunt M. Iulius Romulus leg(atus) pro pr(aetore), T. Atilius Sabinus q(uaestor) / p(ro) pr(aetore), M. Stertinius Rufus f(ilius), Sex. Aelius Modestus, P. Lucretius Clemens, M. Domitius / (25) Vitalis, M. Lusius Fidus, M. Stertinius Rufus. Signatores Cn. Pompei Ferocis, L. Aureli / Galli, M. Blossi Nepotis, C. Cordi Felicis, L. Vigelli Crispini, C. Valeri Fausti, M. Luta/ti Sabini, L. Coccei Genialis, L. Ploti Veri, D. Veturi Felicis, L. Valeri Pepli. Sul testo si v. S. SCHIPANI, *La repressione della vis nella sentenza di L. Helvius Agrippa del 69 d.C. (Tavola di Esterzili)*, in AA. VV., *La Tavola di Esterzili. Il conflitto tra pastori e contadini nella 'Barbaria' sarda. Atti del Convegno di studi Esterzili, 13 giugno 1992*, cur. A. Mastino, Sassari, 1993, pp. 134 ss.; si v. pure R. FERCIA, *'Actiones' ed 'actiones utiles ex causa interdicti': vicende storiche, anomalie, opacità*, in *Diritto@Storia*, 8, 2009, nonché B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva della sentenza: idee vecchie e nuove*, cit. pp. 53 s.*

Conclusioni

La scelta di cimentarsi in un tema, come quello della motivazione della sentenza, si è rivelata, nonostante le difficoltà, felice.

Le fonti e la letteratura hanno riservato sorprese insperate e la ricerca è stata tanto appassionante quanto faticosa.

Preoccupa il dover constatare che il risultato raggiunto è solo una tappa di un cammino che si prospetta ancora lungo; consola, tuttavia, l'esser riusciti a concludere almeno il primo percorso. Credo del resto sia questa la "croce e delizia" che accompagna ogni studioso lungo la sua strada.

All'esito di questa prima fase alcune conclusioni sono tuttavia indispensabili, anche a tracciare la rotta per il futuro.

Non si può non convenire sulla constatazione della mancanza nelle fonti di una norma che imponga, o comunque attesti, l'esistenza di un obbligo di motivare la sentenza nel processo romano. Dalle stesse fonti, però, è possibile ricavare anche l'assenza di una disposizione che sanzioni il comportamento di chi, andando al di là del rigorismo formalistico, 'osi' correggere la pronuncia di una motivazione. Certo già guardando alla struttura del processo, al ruolo e alle funzioni dell'organo giudicante si trova la risposta al rilievo. Credo, tuttavia, che, almeno *de iure condendo*, questo profilo meriti di essere evidenziato per due ordini motivi: *in primis* perché colpisce che il formalismo della procedura romana dei primordi, così ferreo da determinare la perdita della lite se solo si fosse commesso un errore nella pronuncia delle parole, si riveli poi 'accondiscendete' nei confronti di giudice che non si sia attenuto pedissequamente allo schema della pronuncia. Segno evidente che non c'erano 'deviazioni' o che nella prassi queste erano tollerate? Ed è questo appunto il secondo profilo: si può desumere dalla mancanza di una siffatta norma una prassi tesa a motivare le sentenze?

La domanda alla luce del complessivo ordinamento giuridico romano è chiaramente retorica, e, se non la si fosse relegata fin dal principio nei confini della speculazione teorica, sarebbe addirittura mal posta.

Quello che - certi di non sbagliare - si può affermare all'esito di questa indagine è che con riferimento alla motivazione della sentenza sarebbe

impossibile e, comunque, errato voler dare una risposta unica, valida per tutti e tre i sistemi procedurali conosciuti dall'ordinamento giuridico romano.

Anche per l'epoca studiata vale il principio che gli organi di giustizia e le regole che ne prevedono il funzionamento sono diretta espressione della organizzazione politica e sociale del popolo.

Nel periodo in cui le *legis actiones* furono l'unico sistema di tutela statale riconosciuto dall'ordinamento, il giudizio finale era rimesso da un soggetto che, liberamente scelto dalle parti, seppure non esperto di diritto, era onerato ma anche onorato di un ruolo 'decisivo' delle sorti altrui. Impostati i termini della lite già nella fase *in iure*, la strada era ormai tracciata e non restava che percorrerla, oserei dire, inserendo il 'pilota automatico'. Immaginare l'obbligo di motivare la sentenza, inoltre, in mancanza di conseguenze pratiche e rilevanti ad esso ricollegabili, forse avrebbe significato rinnegare la scelta fatta e mettere in discussione quella fiducia che si era accordata al momento della nomina. La possibilità che nella prassi si andasse al di là del puro formalismo non può essere esclusa *a priori*; resta però da chiarire come questa si sarebbe manifestata nella realtà. Alla luce delle fonti esaminate non si può certo dedurre l'esistenza di una prassi consolidata. Se pure i passi analizzati deponessero in tal senso, sarebbero comunque ancora troppo pochi per sostenere conclusioni generalizzate.

La prospettiva cambia con la procedura formulare. Qui, la varietà delle istanze che presenta la società non può non riverberarsi anche sul processo. Queste, però, verranno ad incidere sulla fase *in iure*, attraverso la predisposizione di schemi di *iudicia* diversi, idonei a rispondere alle variegate esigenze. Anche in questo caso, dunque il giudice è 'guidato' nella svolgimento della sua attività ma in maniera diversa.

L'esame delle testimonianze con riferimento a questa procedura ha rivelato se non l'esistenza quanto meno la necessità che, almeno in alcuni casi, le pronunce non si limitassero al mero *absolvo/condemno*. Se pure i vuole sostenere che questa esigenza venga soddisfatta attraverso il rinvio alla *litiscontestatio*, allora si deve anche riconoscere che quest'ultima perde il suo

primigenio ruolo e diventa parte integrante della sentenza. Non più quindi istruzioni per il giudice ma elemento essenziale della pronuncia.

Come definire i casi descritti dalle fonti? Spunti, semi, tracce, indizi, abbozzi; che la si chiami protomotivazione, esomotivazione, motivazione *de relato*, indiretta e così via, non importa. Arenarsi sulla definizione non avrebbe senso. Quello che merita di essere sottolineato in questa sede è la varietà delle fonti sul punto.

È, però, nella *cognitio extra ordinem* che il seme gettato è destinato a germogliare. L'analisi delle testimonianze ci ha permesso di non limitarci a legare il nostro 'istituto' solo ed esclusivamente alla neo previsione dell'appello. L'impugnazione è una ma non l'unica ragione che induce a pensare all'esistenza di sentenze motivate.

La certezza (quasi) è che la primavera della motivazione sboccia in questo periodo. La speranza è che da questo studio si aprano nuove stagioni.

BIBLIOGRAFIA

B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di G. Scaduto III* (Padova 1970) 301 ss.

B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'* (Palermo 1993).

T. J. ALISTE SANTOS, *La motivación de las resoluciones judiciales* (Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2011).

T. J. ALISTE SANTOS, *La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal*, in *Pensamiento juridico* 21 (2008) 11 ss.

M. AMELOTI, s.v. *Prescrizione (diritto romano)*, in *ED. XXXV* (Milano 1986) 36 ss.

H. ANKUM, *Pap. D. 20.1.3: «res iudicata» and full bonitary ownership*, in *Estudios en Homenaje al Profesor Juan Iglesias III* (Madrid 1988) 1121 ss.

V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano II. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma Anno 1952-1953* (Napoli 1954).

F. ARCARIA, *"Septemvitalia iudicia". Contributo alla storia della querela inofficiosi testamenti in età classica*, in AA. VV., *Studi in onore di A. Metro*, cur. C. RUSSO RUGGERI (Milano 2009) 59 ss.

F. ARCARIA, *Missio in possessionem e cognitio fedecommissaria*, in *BIDR.* 89 (1986) 245 ss.

L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano* (rist. an. Roma 1971).

M. ASTARITA, *La cultura nelle 'Noctes Atticae'* (Catania 1993).

F. AVONZO, *Coesistenza e connessione tra 'iudicium publicum' e 'iudicium privatum' ricerche sul tardo diritto classico*, in *BIDR.* 59-60 (1954) 125 ss.

U. BAHR, *Die Geschichte der 'decemviri stlitibus iudicandis' und der 'centumviri'. Inaugural Dissertation zur Erlangung der Juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald* (Greifswald 1919).

- T. D. BARNES, *The new empire of Diocletian and Constantine* (Cambridge-Massachusetts-London 1982).
- A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht* (Erlangen 1874, rist. Aalen 1965).
- O. BEHREND, *Les 'veteres' et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in *RHDFE*. 55 (1977) 7 ss.
- E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts I* (Berlin 1871).
- G. B. BELLISSIMA, *La vendita della casa di Tiberio Claudio Centumalo in Cicerone e in Valerio Massimo. Storia di critica filologica* (Siena 1916).
- A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle 'cognitiones extraordinem' I* (Milano 1998).
- M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess II* (Bonn 1865).
- C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano II. Il processo civile* (Torino 1914).
- G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen II* (Tübingen 1910).
- E. BETTI, *Sulla opposizione della 'exceptio' all'actio e sulla concorrenza fra loro* (Parma 1913).
- E. BETTI, *D. 42,1,63, Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano* (Macerata 1922).
- E. BETTI, *Diritto romano* (Padova 1935).
- E. BETTI, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *NNDI*. XIII (Torino 1966) 1099 ss.
- E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea* (Padova 1997).
- M. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convnzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi on onore di A. Biscardi II* (Milano 1982).
- M. BIANCHINI, *Storia di una Novella: Nov. 138 Epitomi Basilici*, in *Studi in onore di Remo Martini I* (Milano 2008) 275 ss.
- B. BIONDI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Scritti giuridici II* (Milano 1965) 31 ss.

B. BIONDI, *Condizione giuridica del mare e del 'litus maris'*, in *Scritti giuridici* III (Milano 1965) 113 ss.

B. BIONDI, *'Iudicia bonae fidei'* in *AUPA*. 7 (1918) 3 ss.

B. BIONDI, *'Iudicia contraria'* in *AUPA*. 7 (1918) 59 ss.

B. BIONDI, *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*. 7 (1918) 41 ss.

A. BISCARDI, *Temas de derecho romano* (Barcelona 1987).

B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motiva nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese* I, cur. L. Garofalo (Padova 2012) 273 ss.

F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana (Atti Firenze 1983)* (Milano 1985) 217 ss.

F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana* (Padova 1987).

P. BONFANTE, *Diritto di famiglia* (Roma 1918).

P. BONFANTE, *Storia del diritto romano* (Milano 1923).

R. BONINI, rec. a Nicola Palazzolo, *Il potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II sec. d.C. - L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi* (Milano 1974), in *SDHI*. 41 (1975) 415 ss.

R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano* (Milano 1990).

P. BORSELLINO, *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in AA.VV., *La fabbrica della interpretazioni. Atti del Convegno Annuale della Facoltà di Giurisprudenza (Università di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009)*, cur. B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR, D. PULITANÒ (Milano 2012) 141 ss.

G. BORTOLUCCI, rec. a *The Tebtunis Papyri*, B. P. GRENFELL, A. S. HUNT, E. J. GOODSPEED, London, 1907, in *BIDR.*, 20 (1908), p. 79 ss.

L. BOVE, *Documenti processuali della Tabulae Pompeiane di Murecine* (Napoli 1979).

A. J. BOYÈ, *P. Oxy XVII 2130. L'editio opinionis et l'appel en matière de charges liturgiques*, in *Studi Bonfante*, IV, p. 183

- F. BOZZA, *Sulla competenza dei centumviri* (Napoli 1928).
- G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris. Corso di esegesi delle fonti di diritto romano, a.a. 1946-47* (Bologna 1946).
- G. BRANCA, *Le cose extra patrimonium humani iuris*, in *Annali Triestini di Diritto Economia Politica* (Trieste 1941) 3 ss.
- G. BRINI, *Della condanna nelle legis actiones* (ed. an. Roma 1978).
- G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano* (Roma 1975).
- G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters* (Köln-Graz 1957).
- J. BRUNNEMANNUS, *Commentarius in Codicem II* (Coloniae Allobrogum 1771) 724.
- F. BUONAMICI, *Storia della procedura civile romana I* (Pisa 1886).
- P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia* (Padova 1954).
- P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista critica di scienze sociali*, fasc. 8 p. 373 ss., fasc. 11 p. 437 ss. e fasc. 12 p. 501 ss., ripubbl. in *Studi sul processo civile* (Padova 1930), e in *Opere giuridiche VIII* (Morano 1989) 147 ss.
- P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra error in iudicando ed error in procedendo*, estr. da *Il diritto commerciale* 9, fasc. 3 e 4, serie II (1917) 1 ss.
- P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, estr. da *Rivista critica di scienze sociali*, I, n. 5, Firenze 1914.
- P. CALAMANDREI, *La cassazione civile I. Storia e legislazioni* (Milano-Torino-Roma 1920).
- G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione* (Padova 1964).
- G. CAMODECA, *Nuovi dati dalla riedizione delle tabulae ceratae della Campania*, in *Atti XI Congresso AIEGL (Roma, sett. 1997)* (Roma 1999) 521 ss.
- C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo civile romano I. Le legis actiones* (Torino 1980).
- A. CARCATERRA, *Le operazioni dell'«avvocato». Euristica e logica a fronte della 'narratio' dell'interessato*, in *SDHI*. 52 (1986) 73 ss.

A. CARCATERRA, *L'analisi del 'ius' e della 'lex' in elementi primi (Celso, Ulpiano, Modestino)*, in *SDHI*. 54 (1980) 248 ss.

R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)* (Milano 1995).

F. CASAVOLA, *Giuristi Adrianey* (Napoli 1980).

A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano I. Struttura, origini, azioni* (Torino 1997).

D. A. CENTOLA, *Riflessioni sulla problematica della motivazione della sentenza nel processo romano*, in *SDHI*. 78 (2012) 407 ss.

P. CERAMI, *Diritto al processo e diritto ad un 'giusto' processo: radici romane di una problematica attuale*, in *AUPA*. 50 (2005) 117 ss.

G. CERVENCA, *Sul divieto delle cd. 'usurae supra duplum'*, in *Index* 2 (1971) 291 ss.

A. CHASTAGNOL, *Les préfets du prétoire de Constantin*, in *REA*. 70 (1968) 321 ss.

P. COGLIOLO, s.v. *Cosa giudicata*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana* III/4 (Milano 1906) 17.

I. COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales* (Valencia 2003).

A. CORBINO, *Gai. 4.48 e il contenuto della pronuncia del giudice nel processo privato romano di epoca decemvirale*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 5 (1993) 67 ss.

E. COSTA, *Storia delle fonti del diritto romano* (Milano-Torino-Roma 1909).

E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano* (Roma 1918).

E. COSTA, *Cicerone giureconsulto I-II* (ed. an. Roma 1964).

H. CUENCA, *Proceso civil romano* (Buenos Aires 1957).

CUIACIO, *Opera omnia* VII (Prati 1864) col. 1312.

M. A. DE DOMINICIS, *Punti di vista vecchi e nuovi in tema di fonti postclassiche (occidente ed oriente)*, in *Studi in onore di B. Biondi* II (Milano 1965) 625 ss.

L. DE GIOVANNI, *L'appello nel giurista Marciano*, in *SDHI*. 54 (1988) 147 ss.

P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (a proposito di Gell. N.A. 14.2)*, in *Helikon* 1 (1961) 591 ss.

B. DE LA ROCHE FLAVIN, *Treze Livres des parlemens de France esquels est amplement traicté de leur origine et institution et des présidens, conseillers, gens du roy, greffiers, secrétaires ET huissiers et autres officiers et de leur charge, devoir et iurisdiction* (Bordeaux 1617).

F. DE MARTINO, *'Litem suam facere'*, in *BIDR*. 30 (1988) 1 ss.

F. M. DE ROBERTIS, *Le sentenze contra constitutiones e le sanzioni penali a carico del giudicante*, in *ZSS*. 62 (1942) 22 ss.

E. DE RUGGIERO, sv. *Arbiter*, in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, I (Roma 1895) 613 ss.

L. DI LELLA, *Querela inofficiosi testamenti* (Napoli 1972).

D. DI OTTAVIO, *Sui precedenti retorici della 'querela inofficiosi testamenti' nel I sec. a. C.*, *Index* 37 (2009) 293 ss.

H. E. DIRKSEN, sv. *Arbiter*, *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* (Berolini 1837).

H. E. DIRKSEN, s.v. *Sententia*, in *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum* (Berolini 1837) 877 ss.

R. DOMINGO, *Estudios sobre el primer título del edicto pretorio, II, El edicto de competencia jurisdiccional*, in *Cuadernos compostelanos de derecho romano* 6 (1993).

A. D'ORS, *Las formulas procesales del 'Bronce de Contrebia'*, in *Anuario de Historia del derecho español* 50 (Madrid 1980) 1 ss.

C. DUPONT, *Constantin et la préfecture d'Italie*, in *Etudes offertes à J. Macqueron* (Aix-en-Provence 1970) 251 ss.

C. DUPONT, *Les textes constantiniens et le préfet de la Ville*, in *RHDF*. 47 (1969) 613 ss.

F. EISELE, *Zur 'querela inofficiosi'*, in *ZSS*. 15 (1894) 271 ss.

A. ERNOUT, A. MEILLET, sv. *Arbiter*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, IV ed. (Paris 1967) 42 s.

G. EVRARD, *Une inscription inédite d'Aqua Vita et la carrière des Iunii Bassi*, in *MEFRA*. 74 (1962) 704= *AE*. 606 (1964) 203 ss.

G. FALCHI, *L'onere della prova nella legis actio sacramento in rem*, in *SDHI*. 38 (1972) 247 ss.

L. FANIZZA, *Autorità e diritto: l'esempio di Augusto* (Roma 2004).

C. FAYER, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia, matrimonio, dote* (Roma 2005).

R. FERCIA, *Litem suam facere da Adriano ai Severi*, in *Diritto@Storia* 10 (2011- 2012).

R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone* (Napoli 2011).

A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis* IV, s.v. *Sententia* (1835) 124 s.

G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano* (Napoli 1961).

P. FREZZA, *'Responsa' e 'Quaestiones'. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*. 43 (1977) 203 ss.

L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze* (Milano 2002).

L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato del processo civile romano. Per un'analisi storico-sociologica sulla base delle fonti letterarie (da Plauto a Macrobio)*, estratto da *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, cur. E. CANTARELLA e L. GAGLIARDI (Milano 2007).

F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in *SDHI*. 48 (1982) 413 ss.

E. GARSONNET, *Traité theorique et pratique de procedure (Organisation judiciaire compétence et procédure en matière civile et commerciale)* III² (Paris 1899).

T. GATTI, *Pena e motivazione della sentenza* (Torino 1935).

A. GIARDINA, *L'epigrafe di Iunius Bassus ad Aqua Viva e i criteri metodologici di Godefroy*, in *Helikon* 11-12 (1971/72) 253 ss.

P. GIRARD-SENN, *Manuel élémentaire de droit romain* (Paris 1929).

P. GODDING, *Jurisprudence et motivation des sentences du moyen âge à la fin du 18° siècle*, in *La motivacion des décisions de justice*, Études par Perelman et Foriers (Bruxelles 1978) 37 ss.

J. GONZALES CASTILLO, *La Fundamentación de las sentencias y la sana crítica*, in *Revista Chilena de Derecho* 33.1 (2003) 93 ss.

G. GORLA, *Sulla via dei 'motivi' delle 'sentenze': lacune e trappole*, in *Studi in memoria di S. Satta I* (Padova 1982) 661 ss.

O. GRADENWITZ, *Glossierte Paulusreste im Zuge der Digesten*, in *ZSS.* 23 (1902) p. 459 ss.

A. GUARINO, *Spigolature romanistiche. 2. Gli argomenti del giudice*, in *Trucioli di bottega IV* (Napoli 2000) 28 ss., ora in Id., *Trucioli di bottega Dodici coacervoli* (Napoli 2005) 113 ss.

A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli, 1982.

R. GUERRINI, *Studi su Valerio Massimo* (Pisa 1981).

G. GUGINO, *Trattato storico della procedura civile romana* (Palermo 1873).

K. HACKL, *Sulla finzione in diritto romano*, in *Studi in on. Arnaldo Biscardi I* (Milano 1982).

J. G. HEINECCIUS, *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem Institutionum Justiniani Digestum in quo multa juris Romani atque auctorum veterum loca explicantur atque illustrantur* (1736), notulas operi adiecit C. G. HAUBOLD (1822), denuo opus retractavit suisque ipsius observationibus auxit C. F. MÜHLENBRUCH (Francofurti ad Moenium 1841).

H. HELLWIG, *Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes. Beiträge zur Lehre von der 'querela inofficiosi testamenti' des klassischen römischen Rechts* (Leipzig 1908, rist. Frankfurt am Main 1968).

O. HEY, s.v. *Arbiter*, in *Thesaurus linguae latinae*, II-2 (Lipsiae 1901) 404 ss.

A. M. HONORÉ, *The editing of the Digest Titles*, in *ZSS.* 90 (1973) 262 ss.

H. HONSELL, *Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht*, in *Gedächtnisschrift für W. Kunkel* (Frankfurt am Main 1984) 56 ss.

A. H. M. JONES, J. R. MARTINDALE, J. MORRIS, *The Prosopography of the Later Roman Empire I. A.D. 260-395* (Cambridge 1971).

O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislationen* (Berlin 1872).

M. KASER, *Das römische Privatrecht* (München 1971).

- M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (München 1996).
- F. L. KELLER, *Il processo civile romano e le azioni. Esposizione sommaria ad uso di lezioni* (trad. it. FILOMUSI GUELFU Napoli 1872).
- J. M. KELLY, *Roman Litigation* (Oxford 1966).
- J. M. KELLY, *Studies in the civil judicature of the Roman Republic* (Oxford 1976).
- C. KEMPF, *Valerii Maximi Factorum et dictorum memorabilium libri novem* (Lipsiae 1888).
- H. KRELLER, *Rec. a Studi Arangio Ruiz*, in ZSS. 72 (1955) 428 s.
- W. KUNKEL, 'Diligentia', in ZSS. 45 (1925) 296 ss.
- R. LAMBERTINI, *Giustiniano e il iudex qui litem suam fecerit*, in www.studitaroantichi.org
- G. LA PIRA, *La successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano* (Firenze 1930).
- M. LAURIA, *Ius. Visione romane e moderne* (Napoli 1967).
- M. LAURIA, 'Contra Constituiones', in *Studi e Ricordi* (Napoli 1983).
- M. LEGA, *De iudiciis ecclesiasticis. Lib. I, Vol. I. De iudiciis ecclesiasticis civili bus* (Roma 1896).
- M. LEMOSSE, *Cognitio. Etude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique* (Paris 1944, ed. anast. Roma 1971).
- P. LEPORE, *L'appello nella legislazione del tardo impero*, in www.ledonline.it.
- A. LEVAGGI, *La fundamentacion de las sentencias en el derecho indiano*, in *Revista de historia del derecho* 6 (1978) 45 ss.
- H. LEVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi* (Sirey 1960).
- E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile* (Milano 1973).
- E. T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)* (Milano 1962).

W. LITEWSKI, *Zwischenbescheide im römischen Prozeß*, in *RIDA*. 44 (1997) 155 ss.

W. LITEWSKI, *Ricerche sull'appello*, in *Labeo* 19 (1973) 220 ss.

W. LITEWSKI, *La 'retractatio' de la sentence établissant l'ingenuitas*, in *RIDA*. 23 (1976) 177 ss.

W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen (II)*, in *RIDA*. 13 (1966) 231 ss.

J. LLOBELL TUSET, *Historia de la motivacion de la sentencia canonica* (Zaragoza 1985).

G. LONGO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di G. Scaduto, Diritto civile e romano III* (Padova 1970).

S. LONGO, *'Actio' contro il 'fideiussor servi' e 'actio de peculio' contro il 'dominus'*, in *Labeo* 44 (1998) 376 ss.

P. LOTMAR, *Kritische Studien* (München 1878).

G. I. LUZZATTO, *In tema di origine del processo 'extra ordinem'. Lineamenti critici e ricostruttivi*, in *Studi in onore di E. Volterra II* (Milano 1971) 685 ss.

G. I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem I. Premesse di metodo. I cosiddetti rimedi pretori* (Bologna 1965).

L. MAGGIO, *Note critiche sui rescritti postclassici. 1. Il c.d. processo per rescriptum*, in *SDHI*. 61 (1995) 285 ss.

F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico* (Milano 1999).

F. MANCUSO, *La motivazione della sentenza nel diritto comune: 'exprimere causam in sententia' nel pensiero dei giuristi medioevali (sec. XII-XIV)* (Siena 1996).

A. D. MANFREDINI, *De ante acta vita*, in AA. VV., *Per il settantesimo compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, curr. L. DESANTI, P. FERRETTI, A. D. MANFREDINI (Milano 2009) 292 ss.

U. MANTHE, *Die 'libri ex Cassio' der Iavolenus Priscus* (Berlin 1982).

D. MANTOVANI, *Il 'bonus praeses' secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del 'de officio proconsulis' di Ulpiano*, in *BIDR.* 35-36 (1993-94) 203 ss.

M. MARRONE, *Su struttura della sentenza, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *BIDR.* 100 (1997 ma pubbl. 2003) 37 ss., già in AA. VV. *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici. Seminario ARISTEC, Perugia 1999*, cur. L. VACCA (Torino 2000) 21 ss., e in AA.VV., *Vincula iuris. Studi M. Talamanca V* (Napoli 2001) 273 ss.; ora, infine, in *Id.*, *Scritti giuridici II*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 799 ss.

M. MARRONE, *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz* (Varsovie 2000) 497 ss., ora in *Scritti giuridici*, II, cur. G. Falcone (Palermo 2003) 735.

M. MARRONE, *Sulla natura della 'querela inofficiosi testamenti'*, in *SDHI.* 21 (1955) 75 ss.

M. MARRONE, *Contributo alla motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges C. A. Cannata* (Bale-Genève-Munich 1999) 53 ss., ora in *Scritti giuridici II*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 719 ss.

M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo II* (Napoli 1997) 3 ss., ora in *Scritti giuridici II*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 629.

M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato* 6.1 (1996) ora in *Scritti giuridici II*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 607 ss.

M. MARRONE, sv. *Querella inofficiosi testamenti*, in *NNDI.* XIV (Torino 1967) 670 ss., anche in *AUPA.* 27 (1960) 153 ss., ora in *Scritti giuridici I*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 141 ss.

M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano) II* (Palermo 1965).

M. MARRONE, *Querela inofficiosi testamenti* (Palermo 1962).

M. MARRONE, *Di nuovo in materia di 'querela inofficiosi testamenti'*, in *Studi in onore di E. Betti III* (Milano 1962) 401; anche in *AUPA.* 27 (1960) 165 ss., ora in *Scritti giuridici I*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 97.

M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza. Corso di diritto romano* (Palermo 1960).

M. MARRONE, sv. *Centumviri*, in *NNDI*. III (Torino 1959), ora in *Scritti giuridici I*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 65.

M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*. 24 (1955) 219 ss.

M. MARRONE, *Le significationes di D. 50.16 (de verborum significatione)*, in *SDHI*. 60 (1994) 594 ss., poi in *Scritti giuridici*, cur. G. FALCONE, I (Palermo 2003) 527 ss.

M. MARRONE, 'Sulla natura della querela inofficiosi testamenti', in *SDHI*. 25 (1955) 74 ss., ora in *Scritti giuridici I*, cur. G. FALCONE (Palermo 2003) 1 ss.

O. MARTIN, *Le tribunal des centumvirs* (Paris 1904) 83 ss.

R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani* (Milano 1966).

P. MARTINO, 'Arbiter' (Roma 1986).

G. P. MASSETTO, s.v. *Sentenza (diritto intermedio)*, in *ED*. XLI (1989) 1200 ss.

T. MAYER-MALY, *Error calculi*, in *Festschrift für Hubert Niederländer* (Heidelberg 1991) 97 ss.

E. A. ME CARTHY, *De certitudine morali quae in iudicis animo ad sententiae pronuntiationem requiritur* (Roma 1948).

F. MILTNER, s.v. *Porcius*, in *PWRE*. XXII.1 (Stuttgart 1953) col. 166.

M. MOLÉ, s.v. *Sentenza*, in *NNDI*. XVI (Torino 1969) 1081 ss.

J. J. MOZOS TOUYA, *Commento giuridico sul bronzo di Contrebia*, in *BIDR* 24 (1982) 283 ss.

J. L. MURGA GENER, *El 'iudicium cum addictione' del Bronce de Botorrita*, in *Cuadernos de Historia Jerónimo Zurita* 43-44 (1982) 7 ss.

A. MURILLO VILLAR, *La motivación de la sentencia en el proceso civil romano*, in *Cuadernos de Historia del Derecho* 2 (1995) 11 ss.

J. C. NABER, *De centumvirali iudicio (Observantiunculae de iure Romano LXXVII)*, in *Mnemosyne* 25 (1897) 182 ss.

A. NICOLETTI, *Sulla politica legislativa di Gordiano III* (Napoli 1981).

J. NIEVA FENOLL, *El primer escrito judicial de Hispania: reflexiones de derecho procesal sobre el Bronce II de Botorrita o Tabula Contrebiensis*, in *Justicia* 1-2 (2008) 388 ss.

G. NOCERA, *Reddere ius. Saggio di una storia dell'amministrazione della giustizia in Roma* (Roma 1976).

R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano tenuto nell'Università degli Studi di Genova*² (Torino 1953).

M. ORTELLS RAMOS, *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, in *RDpr. Iberoam* (1977) 899 ss.

G. PADELLETTI, *I giudici nel processo civile romano*, in *Arch. giur.*, 15 (1875) 530 ss.

G. PADELLETTI, *Storia di diritto romano*², con note di P. COGLIOLO (Firenze 1886).

J.-R PALANQUE, *La préfecture du prétoire de Junius Bassus*, in *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à A. Piganiol* II (Paris 1966) 837 ss.

N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in *Iura* 28 (1977) 40 ss.

N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel secolo. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi* (Milano 1974).

N. PALAZZOLO, *Trasmissione di provvedimenti imperiali*, in *Iura* 28 (1977) 40.

J. PARICIO, *'Iurare sibi non liquere'*, in *Atti del II seminario romanistico Gardesano* (Milano 1988) 413 ss.

M. PENTA, *Note su 'liber definitionum' (D. 50.16)*, in AA. VV., *'Fraterna munera', Studi in ricordo di L. Amirante* (Salerno 1988) 383 ss.

F. PERGAMI, *Studi di diritto romano tardoantico* (Torino 2011).

F. PERGAMI, *La legislazione di Valentiniano e Valente (364-375)* (Milano 1993).

F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del tardo impero* (Milano 2000).

A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaisrzeit*, Halle, 1895.

E. PERONACI, *La motivazione della sentenza e la sua efficacia giuridica (Brevi note di diritto giudiziario civile)*, in *Temi calabrese*, fasc. 1 (Catanzaro 1905).

E. PERROT, *L'appel dans la procédure de l'«ordo iudiciorum»* (Paris 1907).

A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone*, in *BIDR.* 67 (1959) 185 ss.

L. PIERACCINI, *La motivazione delle sentenze. Saggio di Storia della Procedura*, in *La procedura. Rivista di dottrina, legislazione e giurisprudenza in materia civile, commerciale e amministrativa*, anno 3 – V, 3° (1899), Roma, 1900.

G. POLARA, *Autonomia ed indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: 'iuravi mihi non liquere'*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio* (Milano 2004).

P. PORENA, *Le origini della prefettura del pretorio tardoantica* (Roma 2003).

G. PROVERA, *Linee generali di uno studio sui 'iudicia contraria'*, in *SDHI.* 8 (1942) 113 ss.

G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria* (Torino 1951).

G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen* (Leipzig 1881).

G. PUGLIESE, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in *Studi in onore di E. Volterra*, (Milano 1971) 804 ss.

G. PUGLIESE, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in *Le droit romain et sa reception en Europe (Actes du colloque organisé par la Faculté de droit et d'administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei le 8-10 octobre 1970)* (Varsavia 1978) 783 ss.

G. PUGLIESE, *La 'cognitio' e la formazione dei principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di B. Biondi II* (Milano 1963) 141 ss., ora in *Scritti giuridici scelti II* (Napoli 1985) 87 ss.

G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le legis actiones* (Roma 1962).

G. PUGLIESE, *Il processo civile romano II. Il processo formulare* (Milano 1963).

G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo "per formulas"*, in *RIDA.* 3 (1956) 439 ss., ora in *Scritti giuridici scelti I* (Camerino 1985) 243 ss.

G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti* (Milano 1962) 727 ss.

G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, in *Conferenze romanistiche* (Milano 1960) 226 ss.

G. PUGLIESE, s.v. *Cognitio*, in *NNDI*. (Torino 1946).

S. QUERZOLI, *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumvirale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi* (Napoli 2000).

L. RAGGI, *Studi sulla impugnazioni civili nel processo romano I* (Milano 1961).

N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività delle funzioni giudicanti in diritto romano classico* (Napoli 2012).

E. RENIER, *Étude sur l'histoire de la 'querela inofficiosi' en droit romain* (Liège 1942).

R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico* (Basel 1958).

S. RICCOBONO, *Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso dell'avverbio 'quasi'*, in *Scritti di diritto romano* (Palermo 1964) 461 ss.

R. RÖHLE, *Modestins lateinisches Pauluszitat in D. 27.1.6.5. u.6*, in *Labeo* 32 (1986) 199 ss.

G. RONCAGLI, *Il giudizio sintetico nel processo civile romano* (Milano 1955).

G. RONGA, *Elementi di diritto romano III* (Torino 1871).

G. RÜMELIN, *Zur Lehre von der ,Exceptio rei judicatae'* (Tübingen 1875).

G. SACCONI, *La 'pluris petitio' nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo* (Milano 1977).

C. SANFILIPPO, *Contributi esegetici alla storia dell'appellatio* (Spoleto 1934).

R. SANTORO, *Le due formule della tabula pompeiana 34*, in *AUPA*. 48 (1985) 335 ss.

G. SAREDO, *Istituzioni di procedura civile*³ (Firenze 1887).

- T. SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 25 (1955) 5 ss.
- T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze in Francia. Lineamenti storici*, in *Frontiera d'Europa*, trad. it. F. LOSITO, 1 (1995) 71 s.
- F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (Trad. Vittorio Scialoja), vol. VI, Torino, 1896.
- N. SCAPINI, *Il 'ius novorum' nell'appello civile romano* (Milano 1978).
- N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi Parmensi* 33 (1983) 233 ss.
- N. SCAPINI, *La confessione nel diritto romano* (Milano 1983).
- N. SCAPINI, *Manuale elementare di diritto romano* (Milano 2002).
- N. SCAPINI, *La procedura civile romana*, in *Appunti dalle lezioni di Istituzioni di diritto romano* (Parma 1990).
- V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso* (Napoli 1979).
- V. SCIALOJA, *Procedura civile romana: esercizio e difesa dei diritti* (Roma 1936).
- G. SCIASCIA, *Le annotazioni ai digesta-responsa di Q. Cervidio Scevola* (Roma 1945).
- G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem* (Milano 1960).
- S. SCHIAVO, *Intorno alla sentenza pronunciata sulla base di prove false*, in *Ann. Univ. Ferrara - Sc. giur.*, Nuova serie 16 (2002) 209 ss.
- S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale* (Torino 1971).
- J. M. SCHOLZ, *Motiva sunt pars sententiae*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa* (Firenze 1977) 581.
- S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano* (Torino 2010).
- O. SEEK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr.* (Stuttgart 1919, rist. Frankfurt am Main 1964).

H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung II. Römisches Recht* (Leipzig 1928).

S. SOLAZZI, *Calculus*, in *Scritti di diritto romano III* (Napoli 1960).

S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano* (Napoli 1950).

S. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano* (Città di Castello 1899).

L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali* (Napoli 2007).

L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della 'giurisdizione civile' del 'praefectus urbi' nell'età severiana*, in *Labeo* 39.3 (1993) 174 ss.

P. STARACE, *D. 40.7.29.1: l'interpretazione di Aristone*, in *Labeo* 46 (2000) 379 ss.

M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* (Milano 1990).

M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *ED. XXXVI* (1987) 1 ss.

M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. Padova – Venezia – Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, cur. L. Garofalo IV (Padova 2001) 1 ss.

M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, II, Firenze, 1977, p. 599

M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile* (Padova 1975).

A. TORRENT, *El arbitraje en el bronce de contrebria*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo II* (Milano 1982) 639 ss.

A. TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc. civ.* 68 (1940) 125 ss.

J. LLOBEL TUSET, *Historia de la motivacion de la sentencia canonica* (Zaragoza 1985).

J. VAZNY, *Osservazioni generali sulla sentenza e la res iudicata*, in *BIDR.* 47 (1940) 108 ss.

- P. VOCI, *Diritto ereditario romano* (Milano 1963).
- P. VOCI, 'Ars boni et aequi', in *Index* 27 (1999) 1 ss.
- P. VOCI, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*. 65 (1999) 1 ss.
- P. VOCI, *In tema di errore*, in *SDHI*. 8 (1942) 82 ss.
- P. VOCI, *La responsabilità del debitore da 'stipulatio poenae'* in *Studi in onore di E. Volterra* III (Milano 1971) 111 ss.
- U. VINCENTI, 'Ante sententiam appellari potest'. *Contributo allo studio dell'appellabilità delle sentenze interlocutorie nel processo romano* (Padova 1986).
- K. VISKY, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *RIDA*. 18 (1971) 735 ss.
- K. VISKY, *La pena convenzionale in diritto romano all'inizio del principato*, in *Studi in onore di E. Volterra* I (Milano 1971) 597 ss.
- P. VOCI, *Diritto ereditario romano* II. *Parte speciale* (Milano 1963).
- A. WACKE, 'Bonam sive malam causam habere'. *La prospettiva di successo nel processo civile romano*, in *Rivista di diritto romano*, in *Atti del Convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo Antico* (Milano 2011) 265 ss.
- A. WALDE, J. B. HOFMANN, sv. *Arbiter*, in *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, III ed., II (Heidelberg 1954) 62.
- A. WATSON, *Law of persons in the Later Roman Republic* (Oxford 1967).
- L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, Trad. R. ORESTANO (Milano 1938).
- G. WESENER, *Zur Denkform des ,quasi' in der römischen Jurisprudenz*, in *Studi Donatuti* III (Milano 1973) 1387.
- H. WIELING, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*, in *ZSS*. 102 (1985)
- M. WLASSAK, sv. *Arbiter*, in *PWRE*. II.1 (Stuttgart 1895) 408 ss.
- M. WLASSAK, s.v. *Centumviri*, in *PWRE*. III.2 (Stuttgart 1899) 1935 ss.
- M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze* I (Leipzig 1888).

U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano* (Milano 1961).

PRINCIPALI FONTI GIURIDICHE
Pregiustinianee

	<i>Pauli Sententiae</i>	83
5.35.2		
	<i>Codex Theodosianus</i>	98
4.17.2		

Giustinianee

	<i>Codex Iustinianus</i>	
3.1.13.2b		102
3.1.13.3		102
3.1.13.9		104
7.44.2		96
7.45.3		100
7.57.5		106
7.57.7		108
7.64.2		13;92

Digesta

3.2,2		10
3.5.7.2		62
5.2.17 pr.		26
5.2.26		73
11.1.11.8		73
12.6.2.1		73
16.2.7.1		62
20.1.3 pr.		67
27.4.1.4		62
34.3.30		33
42.1.59 pr.		77
44.2.1		73
44.2.9 pr.		16;68
44.2.11 pr.		73
44.2.17		16; 68
44.2.18		16; 68
46.8.8 pr.		68
49.1.3.3		79
49.1.13.1		82
49.5.6		84

49.8.1.1	13; 87
49.8.1.2	90

	<i>Novellae</i>	
121		112

PRINCIPALI FONTI LETTERARIE

	Cicerone	
<i>Pro Caecina</i>	33.96	36
	33.97	36
<i>De Officiis</i>	3.16.67	43; 48
<i>Topica</i>	7.32	60
	Aulo Gellio	
<i>Noctes Atticae</i>	14.2.4	53
	14.2.5	53
	14.2.6	53
	14.2.7	53
	14.2.8	54
	14.2.24	54
	14.2.25	54
	Valerio Massimo	
<i>Facta et dicta memorabilia</i>	8.2.1	46; 48
	8.2.3	50
	Plutarco	
<i>Vita di Mario</i>	38	52

FONTI EPIGRAFICHE

<i>P. Strassb.</i>	22	117
<i>P. de Tebtunis</i>	287	118
	<i>Tabula Contrebiensis</i>	
<i>Linee da 1 a 10</i>		115
<i>Linee da 11 a 20</i>		116

